الشرح الصغير

على

أقرب المسالك
إلى مذهب الإمام مالك

تأليف

العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير

وبالهامش

حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي

خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الحديث

الدكتور مصطفى كمال وصفي

الجزء الثالث



دار المعارف

الشرح الصغير

على

أقرب المسالك
إلى مذهب الإمام مالك

تأليف

العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير

الشرح الصغير

على

أقرب المسالك
إلى مذهب الإمام مالك

تأليف

العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير

وبالهامش

حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي

أخرجه ونسقه وضبط شكله وعلاماته ، وخرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالقانون الحديث

الدكتور مصطفى كمال وصفي

المستشار السابق بمجلس الدولة وعضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

الجزء الثالث



دار المعارف

الناشر : دار المعارف - ١١١٩ كورنيش النيل - القاهرة ج.م.ع.

بسم الله الرحمن الرحيم

باب فى البيوع وأحكامها[1]

. . . .

تقديم عام للمعاملات :

(١) يجدر بنا قبل الدخول فى الكلام على المعاملات الشرعية أن نعرض لجملتين : إحداهما : عن خصائص الشريعة الإسلامية فى نظام المعاملات ومدى صلاحيتها لتنظيم معاملات العصر ، خاصة بعد أن استجدت معاملات لم تكن معروفة وقت التشريع ، وبعد توقف المسلمون عن الاجتهاد — كأعمال البنوك وعمليات التأمين — والثانية : عما يبذل الآن من محاولات تقنين الشريعة لتيسير التعامل بمقتضاها وتعديل القوانين المعاصرة على هداها .

فأما عن الجملة الأولى ، وهى :

خصائص الشريعة فى نظام المعاملات وصلاحيتها للتطبيق فى العصر الحديث :

(ا) فإن من أهم هذه الخصائص هى ما بيناه من تقيدها بالمقاصد الشرعية السابق بيانها . فهذه الشريعة إيمانية ، والغرض المهيمن عليها هو تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به ومنع مانهى عنه . ومن أجل ذلك فإن الهدف من التعامل ليس انطلاق الناس فى تحقيق مصالحهم الخاصة ، وإنما الهدف منه إقامة المصالح الشرعية ودرء المفاسد التى تنهى عنها الشريعة . فإذا قام فرد بالاتجار مثلا فإن مقصوده من ذلك لا يجب أن يكون غرض الربح فحسب — كما هو الحال فى القانون التجارى الحديث — بل يجب أن يكون مقصده أولا جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظاً لضروراتهم ورفعاً للمشقة عنهم وتيسيراً لحياتهم. ومن ضمن هذه المصالح التى يتغياها : أن يسعى لرزقه صيانة له وحفظاً لأسرته ؛ فالقصد العام مقدم على القصد الخاص فى الشريعة . وقصده نفع نفسه فرع من قصده النفع العام . وذلك من شأنه أن يرتب الكثير من النتائج إذا تعارضت مصلحته الخاصة ومصالح المسلمين ، ومن شأنه أن يبرز العنصر الأدبى فى المعاملات ويضعه فى المقام الأول ، فى نحو التزام الصدق فى المعاملات وحسن المطالبة وحسن الوفاء وما يسودها من التزامات أدبية ؛ كعدم جواز بيع الأعيان المحرمة وعدم جواز الإجارة على معصية ، وعدم جوازها على القربات والطاعات ، واعتبار القرض قربة وغير ذلك من الدوافع التى لا يستقيم تطبيق الشريعة إلا بإعلائها . وهذا الأمر يختلف تماماً عن نظيره فى القوانين الحديثة . فالقوانين الفردية تقوم على تحكيم المصلحة الخاصة والمنافسة وبالتالى الانطلاق فى حرية الاستغلال . « فحرية الإرادة » مبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » المقرر فى القانون المدنى هو فى الواقع قناع يخفى استغلال القوى للضعيف . لأن المساواة الاقتصادية — بل القانونية — مستحيلة بين المتعاقدين فى كثير من العقود والظروف ، وإذا رضى الضعيف بشروط القوى لم يكن على ذلك مطمن

. . . .

فى القانون تمسكاً بمبدأ حرية الإرادة . أما فى الإسلام فإن الاشتراطات التعاقدية – كما سنرى – مقيدة لحد كبير . وفى النظم العصرية بصفة عامة ، نجد أن المصلحة الاقتصادية تتحكم فى التعامل ؛ لأن الغرض الاقتصادى هو الغرض الأعلى فيها وهذا من شأنه أن يضفى على التعامل صبغة أخرى ، خاصة فى ضوء تملك الدولة لأموال الإنتاج وقيام قانون اقتصادى يقتصر على العناية بمسائل خاصة كالتخطيط وتنظيم المشروعات العامة ونحو ذلك . فهذه النظم غريبة عن جو التعامل الشرعى ولا تتيسر المقارنة بينهما فى أمور كثيرة .

(ب) أن الشريعة الإسلامية ذات صبغة نظامية : فهى فى الحقيقة نظام مقرر للصالح الجماعى كما قررنا . ومن أجل ذلك فإن حقوق الأفراد ووسائلهم إنما هى موجهة ومقيدة بتحقيق الغرض الجماعى السابق ذكره : وهو تحقيق المقاصد الشرعية . وبذلك فالواقع أن حرية الإرادة مقيدة فى الإسلام فليس للناس أن يبرموا من العقود ما شاءوا أو يشترطوا من الشروط ما شاءوا ، ولم تترك الشريعة أوضاع التعامل هملا ، بل فصلت فيها تفصيلا – أكمله الفقهاء بجهودهم – حتى صح ما قاله أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة : إن أوضاع العقود الإسلامية ومقاصدها مقررة طبقاً للشريعة الإسلامية وليس للإرادة حرية فيها إلا أن تنطوى تحت نظام عقد من العقود وترتضى أحكامه . وهذا النظر صحيح كل الصحة ؛ لأن الواقع أنه فى نظام جماعى محدد المقاصد على هذا النحو لا تكون تصرفات الأفراد – بل ولا تصرفات الدولة نفسها – إلا بقصد تنفيذ النظام الأعلى وتحقيقه . وبذلك فالعقود الإسلامية – كما سنرى – هى اتفاقات نظامية : يعنى مجرد وسائل لإدخال الفرد تحت أحكام شرعية معينة . فهى كلها أوضاع لتحقيق الغرض الإسلامى الأعلى وليس المصلحة الخاصة .

(ج) أن الشريعة الإسلامية لا تعرف التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ولا بين القانون المدنى والتجارى . فالقانون الحديث يقوم على هذه التفرقات فيفصل بين القانون العام الذى ينظم العلاقة بين الدولة والأفراد ، والقانون الخاص الذى ينظم علاقات الأفراد فيما بينهم . وهذه التفرقة تؤدى إلى إنشاء امتيازات للإدارة على الأفراد وهو أمر رفضته طائفة من القوانين الحديثة – هى القوانين الأنجلوساكسونية المطبقة فى بريطانيا ومن أخذ بمنهجها كالولايات المتحدة وغيرها – إذ رأت أن هذا التمييز من شأنه أن يخل بسيادة القانون والمساواة أمامه بتمييز الدولة بقواعد قانونية خاصة ومحاكم خاصة وامتيازات خاصة ، وبذلك قام هذا النظام على إنكار التفرقة بين القانون العام والخاص . وكذا فريق من فقهاء النظام الفرنسى – الذى يأخذ أصلا بهذا التمييز – أنكروا ازدواج قواعد القانون وقالوا إن الدولة والأفراد يخضعان لقواعد واحدة ، وذلك أخذاً باتجاه الفقيه دوجى Duguit . ومن ناحية أخرى فإن انتصار الأفكار النظامية السابق ذكرها فى مجال القانون الحديث – والقول بأن الجماعات يجب أن تخضع لهدف أعلى يسيطر عليها – قد أدى إلى تسفيه التفرقة بين القانون العام والخاص وإنكاره ، واستبداله بتقسيم القانون إلى نظامى وفردى . فإنه لا فارق إطلاقاً بين القواعد التى تحكم منظمة كالإدارة أو المؤسسة أو أى منظمة أخرى كالأسرة ، وسلطة المدير هنا كسلطة الأب هناك فلا معنى لإخضاع هذا القانون العام وذلك القانون الخاص . وهذه الملاحظة القيمة هى التى تجعلنا نفهم صحة اتجاه الشريعة فى عدم اتخاذ هذه التفرقة . فإن بعض الجهال يعجبون إذا رأوا الفقه الإسلامى يقيس مثلا حالة فى الولاية الأبوية

. . . .

أو فى الزواج على حكم فى السياسة الشرعية . وذلك لتشبعهم بالفكر التقليدى الآخذ بالتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . وكذلك بالنسبة للتفرقة بين القانونين التجارى والمدنى ، فلا محل لها فى الشريعة لأنها لا تأخذ بتغليب غرض الربح الذى يسيطر على التجار ويدفعهم إلى المضاربة . ومن ثم فهذا الغرض الذى لا وجود له فى الشريعة لا يفصل بين نوع وآخر من المعاملات فى الإسلام بل الجميع يخضع لغرض واحد هو تحقيق المقاصد الشرعية السابق ذكرها . وبذلك فهذه التفرقة لا محل لها فى الإسلام بل يرتبط المتعاملون جميعاً بدرجة واحدة من الحرص والتيسير والائتمان ، وهى الأهداف العامة المسيطرة على الشريعة ، والتى يعتنى بها القانون الحديث بالنسبة للتجار أكثر مما يعتنى به لغيرهم . فهذا رقى شديد فى التعامل يربط الجميع بدرجة واحدة من العناية والحرص . فليس نظام التفليس عندنا مقصوراً على التجار كالقانون الحديث وليست الأوراق التجارية مقصورة عليهم بل سنرى أن من العقود العادية فى الشريعة ما يحمل مزايا الأوراق التجارية وفوائدها .

(د) كذا فإن الشريعة الإسلامية تأخذ بالطابع المادى الحديث بإعلاء الإدارة الظاهرة على الإدارة الباطنة — فى موازنة أفضل — كما سنراه تفصيلا فى موضعه . كما أنها تأخذ بمعيار الرجل المعتاد ، فى المعاملة فلا تربط المعاملات لا بالرجل المحسن الشديد التقوى ، ولا بالرجل المفرط المهمل أو الرجل الفاسق بل تلازم الرجل الوسط : وهو العدل المستور الحال كما يدل ظاهره . وهذا أيضاً تقدم شديد ، تكشفناه لما تطورت القوانين على هذا النحو .

وأما عن الجملة الثانية :

وهى تقدير ما يبذل الآن من جهود لتقنين الشريعة :

فإن مؤتمر علماء المسلمين كان قد اتخذ قراراً فى اجتماعه الثالث نصه : « يناشد المؤتمر السلطات ذات الاختصاص فى مختلف الدول الإسلامية أن تعمل على تنقية تشريعاتها ونظمها من كل ما يخالف حكم الإسلام وأن ترد هذه التشريعات والنظم إلى كتاب الله وسنة رسوله مستعينة بكل مستحدث صالح من فكر أو حكم لا يعارض أصلا من أصول الدين » . وفى المؤتمر الرابع صدر قرار بأن : « يوصى المؤتمر مجمع البحوث الإسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الإسلامى والقانون الوضعى لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التى تيسر على المسئولين فى البلاد الإسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فى قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجارى والقانون البحرى وغيرها » . وعلى أثر ذلك تشكلت لجنة لتقنين الشريعة الإسلامية فى مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف بالقاهرة ، ونظن أن هناك جهوداً مماثلة فى ليبيا وفى الأردن . والواقع — الذى نراه — أن إعداد مشروعات قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية لتواجه مشاكل العصر بدون أن تكون الشريعة مطبقة فى الواقع هو أمر صعب وخطر وغير مجد . وذلك لأن الواقع هو أن العمل بالشريعة الإسلامية قد توقف منذ وقت طويل فى وقت أسرعت فيه تطورات المدنية إسراعاً عظيما ، وكان الاجتهاد قد وقف قبلها بمئات السنين فأصبحت القواعد المقررة فقها غير مستوعبة لمشاكل العصر الحديث . فإذا أردنا أن نستعين بالقوانين المصرية — كالقانون المدنى وغيره —

. . . .

لوجدناها غير موافقة إطلاقاً لروح الشريعة الإسلامية وذلك للأسباب التي سنذكرها — ويؤدي تطبيق عباراتها على النوازل الشرعية مسخاً لروح الشريعة بلا أدنى شك . ولا يتصور إطلاقاً أن يكون التقنين سابقاً على العمل ، بل إن التقنين لا بد أن يكون لاحقاً للعمل فلا يتصور تقنين ما وقف فيه الاجتهاد والتطبيق كل هذه الفترة الطويلة . ولا يمكن أن يبنى المقنن وجهات نظره على التصور المحض . وكذلك من غير المجدي أن نحاول تطبيق الشريعة في بيئة لا تلتزم العادات الإسلامية . وإنما الطريقة الصحيحة هي أولا إحياء البيئة الإسلامية التي تحترم الشريعة عند تطبيقها ، ثم يعود العمل بالشريعة بالتطبيق الفعلي ثم يعقبه التقنين عند الاستقرار على حلول يصح تقنينها . وطريقة ذلك — فيما نرى — أن تنص دساتير البلاد الإسلامية على أن تستمد القوانين من الشريعة الإسلامية وأن يطعن أمام محكمة دستورية في القوانين المخالفة لها ، وتظل القوانين القائمة الموجودة سارية المفعول لأنه من المتعذر إحداث هزة بالانتقال المفاجيء من نظام لنظام ، ثم يطعن ذوو الشأن في النصوص التي يرون أنها مخالفة للشريعة وذلك بمناسبة ما يعرض على القضاء من نزاع . ويقوم النظام المذكور على نوعين من الضمانات : ضمان وقائي : وذلك بأن لا يسن تشريع جديد إلا بعد بحثه شرعاً وصدوره وفقاً للشريعة ، وضمان علاجي : وهو حق أصحاب الشأن في الطعن في القوانين — قديمها وجديدها حسبما يقدرون — أمام محكمة دستورية تختص بإلغاء القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية . وبذلك يتيسر بحث مدى مطابقة أحكام القوانين للشريعة الإسلامية مادة مادة ، وحكماً حكماً بعد أن تتناولها حجج الخصوم وتدور مناقشات الفقهاء حولها فينضج العمل تدريجياً على مدى السنين فيصلح بعدها التقنين . ويصح وضع برنامج زمني بوضع حد أقصى لهذا التطوير كخمس وعشرين سنة مثلا (وهو قدر يقارب مدة رسالته صلى الله عليه وسلم) لأنه ما إن تصدر أحكام ، في الكليات حتى يتيسر علاج الفرعيات . وهذا خير من العجلة التي تفضي إلى شيء . والقوانين المدنية المعمول بها الآن في البلاد العربية مستمدة من القانون الفرنسي وهو بدوره موضوع على أساس النظريات الفردية (الرأسمالية) التي تخالف الشريعة في أساسها . فهي قوانين تقوم على تحكيم المصالح المادية والفردية وتسمح بالأنانية والاستغلال خلافاً للشريعة التي تقوم على التضامن . وقد تأثرت الأفكار الشرعية في أواخر الدولة العثمانية بهذه الأفكار فاصطبغت مجموعة الأحكام العدلية ومرشد الحيران لقدري باشا بها ، وحاول المرحوم صادق فهمي باشا وضع مشروع شرعي للقانون المدني ولكنه كان مطابقاً تماماً للقانون المدني نفسه فلم يجد أولي الأمر دافعاً للأخذ بهذا دون ذاك ! وهذا خطأ سببه تأثر الأفكار بالأسس الوضعية المخالفة للشريعة ونسيانهم الأصول المعنوية والتضامنية والإنسانية التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية والتي بيناها من قبل . ومما يوضح أوجه الاختلافات الشاسعة بين القانون المدني والشريعة أن نظرية الحق عندهم ليست كمثلها ، ولا الملكية كالملكية عندنا ، ولا العقد كالعقد عندنا ، هي مصطلحات متشابهة لفظاً ولكنها متغايرة في موضوعها . ثم إن القانون المدني يعتمد على تحكيم حرية الإرادة ويجعل العقد المبني على الإرادة الحرة هو الوسيلة القانونية الأولى للتعامل . ونحن عندنا الإرادة مقيدة بالمقاصد الشرعية ، والعقود عندنا شيء آخر ، وبذلك فإن الوسائل القانونية لإدراك المعاملات الشرعية شيء آخر — كما سنرى في بحث نظرية العقد — غير ما في القانون المدني . ونحن ليس لدينا نظرية عامة للسبب مثلا ونظرياتنا في البطلان والفسخ ونحوه مختلفة تماماً عما في القانون المدني . وبذلك فالأساس والجوهر والتطبيق مختلفة كل الاختلاف . وهذا

. . . .

الاتجاه الخاطىء الذى نراه فى بعض المؤلفات الحديثة بنقل أصول القانون المدنى إلى الشريعة الإسلامية هو خطأ شديد ونسخ لأحكام الشريعة .

كفاية الشريعة وصلاحيتها لمواجهة التعامل الحديث : ونحن إذا نظرنا لذلك لوجدنا أن مميزات الشريعة الإسلامية السابق ذكرها تجعلها أكثر كفاية من القوانين الوضعية لمواجهة التعامل الحديث وتحقيق أغراضه . وأن أهم محك لذلك هو أن يؤدى النظام القانونى لتثبيت التعامل واستقراره . ونجد أن ثمة خصائص تؤدى إلى هذا الاستقرار فى النظام الإسلامى . فإذا نظرنا إلى نهج الشريعة الإسلامية فى انعقاد العقود لوجدناها – إلى جانب ما تتطلبه من النوايا الطيبة بين المتعاقدين ومراعاة الهدف الربانى الذى يسيطر على الشريعة كلها – تتخصص بوسائل فنية معينة تؤدى إلى ضبط الأمن التعاقدى وتحقق أسباب الثقة والاستقرار والسهولة اللازمة للمعاملات . وهذه الوسائل ثلاثة أقسام : قسم منها يتعلق بتوكيد العقد عند إنشائه ، وقسم يتعلق بنفى أسباب المنازعة عند التنفيذ، وقسم ثالث يتوقى انهيار العقد وانحلاله بعلاجات أخرى تقيم التوازن فى المعاملة . وأما القسم الأول المتعلق بالإنشاء فمنه : العناية الشديدة بالصيغة ، وإعلاء الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، وموضوعية عيوب الرضا ، وعدم وجود نظرية خاصة بالسبب كما هو الحال فى القانون المدنى ، والتروى فى الانعقاد عن طريق خيارى العقد والشرط ، واشتراط القبض لتمام بعض العقود . وأما القسم الثانى المتعلق بالتنفيذ : فمنه اشتراط نفى غرر والجهالة عن محل العقد وكل ما من شأنه أن يؤدى إلى المنازعة ، واشتراط وجود المعقود عليه عند التعاقد ، واشتراط رؤية المحل أحياناً عند التعاقد أو الاعتراف المتعاقد بخيار الرؤية ، واشتراط القدرة على تسليم المحل . وأما القسم الثالث الخاص بتوقى الانهيار : فإن ذلك عن طريق الصياغة الخاصة لنظريتى فساد العقد وفسخه ، وذلك كله على الوجه والملحوظ فى أحكام الشريعة . (بحثنا أمام مؤتمر علماء المسلمين الخامس عن كفاية الشريعة فى تثبيت التعامل واستقراره) .

وليس فى الشريعة الإسلامية باب عام للالتزامات كما هو الشأن فى القانون المدنى، وإنما يعرض باب البيع لمعظم هذه المسائل التى تعتبر قواعد عامة فى العقود . ولذلك يعرض باب البيع للنظرية العامة فى العقود .

والعقد فى القانون المدنى يختلف فى معناه عنه فى الشريعة الإسلامية : فنى القانون المدنى ليس كل اتفاق عقد ، بل إن العقد هو أحد أنواع الاتفاق ، فهو يتخصص عن كونه مجرد التقاء إرادتين على أثر معين فى القانون بأن يشترط فيه الاعتماد المتبادل فى السبب بين الطرفين ، بأن يكون سبب التزام أحد الطرفين سبباً للطرف الآخر ، وبذلك يوجد عنصر التعارض بين المصلحتين فى العقد . كما أنه يشترط فى العقد أن ينصب على محل يستنفد وينتهى بالتنفيذ مرة واحدة ، أى على محل وقتى وليس غاية مستمرة وهو بذلك يكون نسبياً بين الطرفين ولا يكون وصفاً عاماً فى مواجهة الكافة . وعلى ذلك ، فإن الاتفاق على إنشاء منظمة معينة لا يعتبر عقداً لأن سبب التزام أحد الطرفين ليس سبباً للطرف الآخر، بل كلاهما يسعى لذات الغاية وليس اعتماداً متبادلا لأن هذه المنظمات تنشأ بإرادة واحدة أو بأى عدد من الإرادات . وكذلك فإن محل العقد هو وضع دائم مستمر وليس وضعاً وقتياً يستنفد مرة واحدة ، وهو لا يكون نسبياً بين الطرفين inter-alios وإنما يكون عاماً فى مواجهة الكافة erga-omnes . ومثل هذا الاتفاق يسمى

. . . .

فى القانون الحديث بالاتفاق الجماعى acte collectif واشتهر عن الألمانية gesamtakt. وكذا فإن الانضمام لنظام معين قائم ليس عقداً لاتحاد الغايات ، فالمنضمون يستهدفون إنجاح النظام لا مصالحهم الشخصية وهذا الاتفاق يسمى بالاتفاق الاتحاد acte-union بالألمانية Veironbarnug . وأما الشريعة الإسلامية فهى لا تعرف هذا التخصيص بل إن العقد دائماً انضمام لنظام موجود من قبل هو النظام النوعى للعقد المبرم ، ولذلك فالزواج عقد والإسلام عقد والذمة عقد مع أنها نظم دائمة تلزم الخلف من بعد السلف ! وفى كل العقود ويجب على المتعاقدين أن يتحريا مقاصد العقد وأن يخضعا لأحكامه مع تقيد شديد فيما يجوز من الشروط . وقد بينا من قبل أن الشريعة الإسلامية تفصل فى أحكام العقود تفصيلا لا تترك فيه لحرية إرادة الطرفين أكثر من اختيار العقد المناسب وتحديد بعض الشروط كمقدار الثمن أو الأجرة أو المهر وتحديد المتعاقد عليه . فالعقد فى الإسلام تصرف نظامى يدخل المتعاقد فى تطبيق شرعى معين — يقرب مما نسميه الآن بالتصرف الشرطى acte-condition وليس تصرفاً ذاتياً subjectif يحدد وضعاً فردياً للمتعاقدين . ولذلك فإن فكرة العقد المدنى — وهو أداة من أدوات النظام الفردى — تختلف تماماً عن فكرة العقد الإسلامى — وهو أداة نظامية من أدوات النظام الموضوعى . ويمكن القول أن الأصل فى العقد الإسلامى أنه التزام من الإنسان نحو الله سبحانه وتعالى. فالذى يعاقد إنما يعاقد الله سبحانه وتعالى والتزامه بالوفاء إنما هو التزام أمام الله تعالى ووفاؤه بالعقد وفاء لله تعالى ومن نكث فإنما ينكث على نفسه . وهذه الفكرة مخالفة تماماً للفكرة المدنية التى تقوم على تحكيم المصلحة الشخصية ومشروعية التنافس فى الدنيا مما جعل جو التعامل يختلف تماماً فى النظامين . ومن أجل ذلك أيضاً صح عندنا فى الإسلام أن من العقود ما لا يتطلب قبولا . فكأن العقد — كما وصفه البعض — ليس نتيجة التقاء إرادتين، بل هو فى الأصل اجتماع إرادتين كل واحد بيدها من ناحيته ، فيكون الأصل فى الالتزام ليس التوافق بل الإرادة المنفردة لكل طرف (السنهورى — مصادر الحق) . لكن فى هذا القول شىء من المغالاة.

وإنما الذى يعنينا هنا: أن نبين الصبغة النظامية الجماعية للعقد فى الإسلام وأنه يختلف تماماً عن الصبغة الفردية الذاتية للعقد المدنى ، وأن الأول معد لإدراك مقاصد شرعية عامة والأخير أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين .

باب

فى البيوع وأحكامها[1]

باب :

هذا أول النصف الثانى من هذا المختصر . وقد جرى على طريقة المتأخرين من أهل المذهب فى وضعهم النكاح وتوابعه فى النصف الأول فى الربع الثانى ، والبيع وتوابعه فى النصف الثانى ، وهو مما يتعين الاهتمام به وبمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه والبلوى به ؛ إذ لا يخلو المكلف غالباً من بيع أو شراء فيجب أن يعلم حكم الله فيه قبل التلبس به . والبيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم . وقول من قال : يكفى ربع العبادات ليس بشىء ؛ لأن الله خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء مفتقراً للنساء وخلق له ما فى الأرض جميعاً ولم يتركه سدًى يتصرف كيف شاء باختياره ، فيجب على كل أحد أن يتعلم ما يحتاج إليه ، ثم يجب على كل شخص العمل بما

---

(١) ليست كل المذاهب على ذلك . فعند الأحناف ركن العقد هو صيغته فقط وما غيره شرائط الركن . وعند الجمهور الأركان ثلاثة : العاقد . والمعقود عليه (المحل) والصيغة أى ما دل على الرضا . وهذه الأركان تختلف عن نظيرتها فى القانون المدنى . فأركان العقد فى القانون المدنى هى الإرادة والمحل والسبب . وبذلك يلاحظ أولا أن ركن الإرادة فى القانون المدنى قد تحلل عندنا إلى ركنين هما الطرفان ، والصيغة . كما تخصص أيضاً بأنه ليس مطلق الإرادة بل هى الإرادة الظاهرة التى يبديها الطرفان بالصيغة . والتعويل على الصيغة رقى عظيم فى الأحكام وهو يشبه إلى حد كبير ذلك النوع من التصرفات التجارية الحديثة التى تجعل سبب الالتزام هو شكله – كالأوراق التجارية مثلا . فإن حذف ركن السبب cause من شرائط العقد الإسلامى واستبداله بركن الصيغة يؤدى إلى هذه المزية الثابتة المحددة التى أشرنا إلى قيمتها العظيمة فى تثبيت أركان التعامل فى الإسلام . والواقع أن العقود فى الإسلام لا تعتمد على السبب المعروف فى القانون المدنى وهو الباعث الذاتى على التعاقد ، فإن السبب عندنا أمران : أحدهما هو المقصد النوعى العام للعقد ، وهو معتبر فى جميع العقود التى تبرم من نوع معين ، فالبيوع كلها مقصدها واحد هو المقصد العام لهذا النوع من العقد وهو يختلف عن السبب المدنى المعروف ، ثم الباعث الخاص فى كل عقد على حدة وهذا لا يعتد به فى الأصل ، إلا استثناء فى بعض العقود التى تتأثر بدوافع المتعاقدين كالمدنة . وفى الواقع فإن عدول الشريعة عن السبب المدنى – وهو عنصر ذاتى داخلى قلق يهدد المعاملات – هو تقدم ورقى عظيم جداً فى الصياغة أدى كما قدمنا إلى متانة التعامل الإسلامى وقوته .

● (البَيْعُ عقدُ مُعَاوَضَةٍ) : ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول . وخرج بقيد المعاوضة : الهبة والوصية . والمعاوضة مفاعلة : إذ كل من البائع والمشترى عوّض صاحبه شيئاً بدل المأخوذ منه .

(علَى غيرِ مَنَافع) : خرج النكاح والإجارة . وهذا تعريف للبيع

علمه الله من أحكامه ويجتهد فى ذلك ويحترز عن إهماله له فيتولى أمر بيعه وشرائه بنفسه إن قدر ، وإلاّ فغيره بمشاورته ، ولا يتكل فى ذلك على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها ويتساهل فى العمل بمقتضاها لغلبة الفساد وعمومه فى هذا الزمان .

وحكمة مشروعيته : الوصول إلى ما فى يد الغير على وجه الرضا . وذلك مفض إلى عدم المنازعة والمقاتلة والسرقة والخيانة والحيل وغير ذلك .

وهو لغة : مصدر باع الشيء أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه بعوض ؛ فهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء كالقُرْء للطهر والحيض . الزناتى : لغة قريش استعمال باع إذا أخرج ، واشترى إذا أدخل ، وهي أفصح واصطلح عليها العلماء تقريباً للفهم . وأما شرى فيستعمل بمعنى باع ، كما فى قوله تعالى : « وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ »[1] : أى باعوه ففرق بين شرى واشترى . وأما معناه شرعاً : فقال ابن عبد السلام : معرفة حقيقته ضرورية حتى للصبيان . وقال ابن عرفة ما قال ابن عبد السلام نحوه للباجي . ويردّ بأن المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره ولا يلزم منه علم حقيقته . « ا هـ . من الخرشى » .

وقد عرّفه المصنف بالمعنى الأعم فى قوله : « البيع عقد معاوضة » إلخ : والمراد بالبيوع حقيقتها ، وبيّنها بقوله : « عقد معاوضة » وبأحكامها مسائلها التى يبحث فيها عن الصحيح والفاسد والجائز والممتنع .

وقوله : [عقد معاوضة] : أى عقد محتو على عوض من الجانبين .

قوله : [وخرج بقيد المعاوضة الهبة] إلخ : أى وكل عقد ليس فيه معاوضة كالقرض والعارية . والمراد بالهبة : ما يشمل الصدقة والهدية من كل ما لا ينتظر فيه معاوضة .

قوله : [على غير منافع] : أى على ذوات غير منافع ، ومراده بالمنافع المنفية* ما يشمل الانتفاع بدليل قوله : « خرج » إلخ :

قوله : [خرج النكاح والإجارة] : أى بقوله على غير منافع مع دخولهما

---

(١) سورة يوسف آية ٢٠ .

* المنفية : التى نفاها بقوله : « خرج النكاح » إلخ .

بالمعنى الأعم ؛ أي الشامل للسلم والصرف والمراطلة وهبة الثواب .

● (ورُكْنُهُ) : أي أركانه

أولًا في قوله : عقد معاوضة . ومراده بالإجارة : ما يشمل الكراء . وبالنكاح : ما يشمل نكاح التفويض فإن فيه معاوضة ولو بعد الدخول .

قوله : [بالمعنى الأعم] : صفة للبيع .

قوله : [أي الشامل للسلم] إلخ : أي ويشمل أيضًا التولية والشركة والإقالة والأخذ بالشفعة .

قوله : [والصرف] : هو دفع أحد النقدين من الذهب أو الفضة في مقابلة الآخر .

وقوله : [والمراطلة] : هي بيع ذهب بذهب بالميزان ، بأن يضع ذهب هذا في كفة والآخر في كفة حتى يعتدلا ، فيأخذ كلٌّ ذهبَ صاحبه . ومثل الذهب الفضة .

وقوله : [وهبة الثواب] : هي أن يعطيك شيئًا في نظير أن تعوضه ، فمعنى هبة الثواب : الهبة في نظير عوض دنيوي ، فإن لم تكن في نظير عوض دنيوي قيل لها صدقة وهبة لغير ثواب .

● تنبيه : اقتصر على تعريف البيع بالمعنى الأعم ولم يذكره بالمعنى الأخص لأن الأحكام الآتية مدوَّنة لهذا المعنى الأعم . فإذا أردت تعريفه بالمعنى الأخَصّ زدت على ما تقدم : (ذو مكايسة) أحد عوضيه غير ذهبٍ ولا فضةٍ معينٍ غير العين فيه . فيخرج بقولنا : [ذو مكايسة] : هبة الثواب والتولية والشركة والإقالة والأخذ بالشفعة . لأن معنى المكايسة : المغالبة ؛ وهذه لا مغالبة فيها . وبقولنا : أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة : الصرف والمراطلة . وبقولنا : معين غير العين فيه : السلم ؛ لأن غير العين في السلم هو المُسْلَمَ فيه ؛ ومن شرطه كونه دينًا في الذمة . والمراد بالمعين : ما ليس في الذمة ؛ فيشمل الغائب المبيع بالصفة ونحوه لا الحاضر فقط ، حتى يرد أن البيع قد يكون على الغائب بشروطه الآتية كما يؤخذ من الأصل . والمراد بالعين : الثمن وإن لم يكن عينًا .

قوله : [أي أركانه] : فسر المفرد بالجمع لأنه مفرد مضاف والمفرد المضاف

ى تتوقف عليها حقيقته ثلاثة ؛ هى فى الحقيقة خمسة :

(عَاقِدٌ) : من بائع ومشترٍ .

(ومعْقُودٌ) عليه : من ثمن ومثمن .

والثالث : صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا ؛ وإليه أشار بقوله :

(وما دلّ على الرِّضَا) : من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما ،

* بل (وإنْ) كان ما يدل عليه (مُعَاطَاةً) من الجانبين، ولو فى غير المحقرات كالثياب والرقيق ؛ بأن يدفع المشترى الثمن للبائع ويأخذ المثمن أو يدفعه

يصدق بالواحد والمتعدد فبين أن التعدد هو المراد .

قوله : [التى تتوقف عليها حقيقته] : أى لا توجد حقيقته إلا بها صحيحة أو فاسدة ؛ ولذلك احتيج فى الصحة للشروط الآتية . إن قلت : إن البائع بوصف كونه بائعاً والمشترى بوصف كونه مشترياً والثمن بوصف كونه ثمناً والمثمن بوصف كونه مثمناً إنما يكون بعد تحقق البيع ؛ كيف وقد جعلت من أركانه والركن يوجد قبل تحقق الماهية ؟ وأجيب : بأن عدها أركاناً باعتبار وصفها - فتأمل .

قوله : [وما دل على الرضا] : أى عرفاً سواء دل عليه لغة أيضاً أو لا ؛ فالأول : كبعت واشتريت وغيره من الأقوال . والثانى : كالإشارة والمعاطاة .

قوله : [أو أحدهما] : راجع للقول والإشارة والكتابة .

قوله : [معاطاة] : أى وفاقاً لأحمد ، وخلافاً للشافعى القائل : لا بد من القول من الجانبين مطلقاً كان المبيع من المحقرات أولا .

وقوله : [ولو فى غير المحقرات] : رد على أبى حنيفة فى اشتراطه القول فى غير المحقرات . ومحل إجزاء المعاطاة : حيث أفادت فى العرف، ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين فيجوز التبديل فى نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده للربوية . والشك فى التماثل كتحقق التفاضل . ولا بد من معرفة الثمن إلا الاستئمان . كذا يؤخذ من الا (مج) .

له البائع وعكسه .

* (كاشتَرَيْتُهَا) : أي كما ينعقد بقول المشترى ابتداء للبائع : اشتريتها[1] (مِنْكَ بكذا) بالفعل الماضى (أو) يقول البائع للمشترى : (بِعْتُكَهَا) بكذا بالماضى أيضًا (ويَرْضَى الآخَرُ) : أي يأتى بما يدل على الرضا من قول أو غيره ، فيكون التعبير بالماضى إنشاء للبيع لا من قبيل الخبر . (وكأبيعُها) بكذا من البائع (أو) قول المشترى للبائع : (أشْتَرِيها) منك بكذا بالمضارع فيهما فرَضِيَ الآخر . (أو) قال المشترى : (بِعْنِي) بفعل الأمر (أو) قال البائع للمشترى : (اشتَرِ مِنِّي) هذه السلعة بكذا (فرَضِيَ) الآخر فينعقد البيع .

* (فإنْ قالَ) المبتدى بالمضارع أو بالأمر منهما : أنا (لم أُرِدْهُ) : أى لم أرِدْ بذلك إنشاء البيع ، وإنما قصدى الإخبار أو الهزل بالمضارع أو الأمر (صُدِّقَ بيَمِين فيهما) : أى فى المضارع والأمر . فإن لم يحلف لزم البيع ؛ هذا قول ابن القاسم فى المدونة قياسًا لهما على مسالة التَّسَوُّق . لكن الشيخ رحمه الله جزم بأن الأمر كالماضى فى اللزوم بلا يمين، وإنما اليمين فى المضارع فقط ؛

قوله : [وعكسه] : لاحاجة له .

قوله : [كاشتريتها] : أى ونحوه كأخذتها أو رضيت بها بكذا .

قوله : [بالفعل الماضى] : أى وينعقد البيع به اتفاقًا ولا يقبل دعوى من أتى بصيغة الماضى أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف.

قوله : [بعنى بفعل الأمر] : أى فينعقد بها البيع عندنا خلافًا للشافعية . ووجه ذلك : أن العرف دل على رضاه به وإن كان ليس صريحًا فى إيجاب البيع لاحتمال أمره به .

---

(١) يتبين من هذا وما يليه ما أشرنا إليه من الاهتمام الشديد بالصيغة.وفى بعض المذاهب لا تنعقد العقود بالمعاطاة أو التعاطى وفى بعضها أيضاً لا تنعقد بالكناية– ومنها الكتابة – بل باللفظ إلا عند الضرورة كالأخرس . وتعريف الإيجاب مختلف فيه بين المذاهب فبعضها تجعل الإيجاب هو أول كلام يبدى من الطرفين . والبعض الآخر يجعله هو الكلام الذى يترتب عليه أثر العقد . كلفظة بعت فى البيع . فلو بدأ المشترى فقال : اشتريت لما كان إيجاباً لأنه لا يشترى إلا إذا نقل إليه البائع الملك بلفظه .

لأن الأمر عرفاً يدل على البيع بأقوى من دلالة المضارع — خلافاً لابن القاسم واعتمده بعضهم . وقياس ابن القاسم لها على مسألة التسوُّق الآتية مطعون فيه .

• (كأنْ تَسَوَّقَ) البائع (بها) : أى بالسلعة : أى عرضها للبيع فى سوقها ، وكذا إذا لم يتسوق بها (فقال) له شخص: (بِكَمْ) تبيعها ؟ (فقال) له : (بكذا) بمائة مثلا (فقال : أخذتُها به . فقالَ) البائع : (لم أرِدْهُ) أى البيع وإنما أوقفتها فى سوقها لأمر ما ؛ فإنه يصدّق بيمين فإن نكل لزم البيع . وهذا إذا لم تقم قرينة على إرادة البيع وإلا لزم البيع قطعاً ولا يلتفت لكلام البائع .

قوله : [واعتمده بعضهم] : مراده به (بن) . وحاصله : أن المطلوب فى انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملا لذلك لغة . فالماضى — لما كان دالاً على الرضا من غير احتمال — انعقد البيع به من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف ، والأمر إنما يدل لغةً على طلب البيع له فهو يحتمل الرضا به وعدمه . ولكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوى مع الماضى ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف كما يفيده الشارح . والمضارع يحتمل الحال والاستقبال ولم يكن فى العرف دالاً على الرضا فقبل الرجوع فيه باليمين . ولذلك قال (بن) : إن المطلوب فى انعقاد البيع ما يدل على الرضا ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً وإن كان فى أصل اللغة محتملا بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليها .

قوله : [وقياس ابن القاسم] إلخ : وجه القياس أنه إذا كان يحلف مع المضارع فى مسألة التسوّق فأولى مع الأمر لأن المضارع ، دلالته على البيع والشراء أقوى من دلالة الأمر لأنه يدل على الحال بخلاف الأمر فإنه لا يدل عليه اتفاقاً ووجه الطعن فى القياس أن العرف غلب فى الأمر ولم يغلب فى المضارع كما تقدم لنا ما يفيد ذلك .

قوله : [وهذا إذا لم تقم قرينة] إلخ : أى كما إذا حصل تماكسٌ وتردد بينهما ؛ كما إذا قال المشترى : اشتريتها بخمسين ، فقال البائع : لا . فقال له : بستين. فقال البائع : لا . فقال له المشترى بكم تبيعها ؟ فقال: بمائة . فقال : أخذتها .

● ثم أخذ يتكلم على شروط الركن الأول والثانى فقال :

● (وشَرْطُ صِحَّةِ) عقد (العاقِدِ : تَمْيِيزٌ) : فلا يصح من غير مميز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر ليس بحرام ، وكذا بحرام إما اتفاقًا أو على المشهور . فلو أسقط الشيخ قوله : « إلا بسكر فتردُّد » لكان أحسن ؛ لأن مراده بالتردد الطريقتان : طريقة ابن شعبان : عدم الصحة على المشهور ، وطريقة ابن رشد والباجى : عدمها اتفاقًا . قال ابن رشد فى كتاب النكاح : سكران لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجُل من المرأة ؛ فلا خلاف أنه كالمجنون فى جميع أحواله وأقواله ، إلا فيما ذهب وقته من الصلاة فلا تسقط عنه . بخلاف المجنون وسكران معه تمييز بعقله . قال ابن نافع : يجوز عليه كل ما فعل من بيع وغيره . وقيل : تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا يلزمه الإقرار والعقود ، وهو

● تنبيه : لا يضر فى البيع الفصل بين الإيجاب والقبول ، إلا أن يخرج عن البيع لغيره عرفًا. وللبائع إلزام المشترى فى المزايدة ولو طال حيث لم يجر عرف بعدمه .

قوله : [عقد العاقد] : إنما قدر الشارح المضاف الثانى لأن الذى يتصف بالصحة وعدمها هو العقد لا العاقد .

قوله : [فلا يصح من غير مميز] : أى خلافًا لما فى (ر) من صحة العقد من غير المميز ، إلا أنه غير لازم ؛ فجعل التمييز شرطًا فى لزومه . وما ذكره المصنف هو ما عليه خليل وابن الحاجب وابن شاس ويشهد له قول القاضى عبد الوهاب فى التلقين . وفساد البيع يكون لأمور ؛ منها : ما يرجع إلى المتعاقدين مثل أن يكونا أو أحدهما ممن لا يصح عقده كالصغير والمجنون . وقول ابن بزيزة : لم يختلف العلماء أن بيع الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز .

قوله : [فلا تسقط عنه] : أى إن كان سكره بحرام ، وإلا فكالمجنون من كل وجه .

قوله : [وسكران معه تمييز بعقله] : أى ولا فرق بين كون سكره بحلال أو بحرام . وما حكى عن ابن رشد نحوه للباجى والمازرى .

قوله : [وقيل تلزمه الجنايات] إلخ : هذا مقابل قوله : فلا خلاف أنه كالمجنون . وهو المذهب كما قال الشارح .

مذهب مالك وعامة أصحابه وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب . (اه) .

• (و) شروط (لزُومِهِ) أى البيع : (تَكْلِيفٌ) فلا يلزم صبيًّا مميزًا وإن صحّ ، ما لم يكن وكيلا عن مكلف ؛ وإلا لزم لأن البيع فى الحقيقة من الموكل .

(وعَدَمُ حَجْرٍ) : فلا يلزم المحجور لسَفَه أو رِقٍّ إلا بإذن الولىّ .

(و) عدم (إكراه) : فلا يلزم المكرَه عليه، كما قال : (لا إنْ أُجْبِرَ) ، العاقد (عليه) : أى على البيع (أو على سَبَبِهِ جَبْراً حَرَامًا): أى ليس بحق فيصحّ ولا يلزم .

• (ورُدَّ) المبيع (عليه) : أى على البائع إذا لم يمضه ولا يفوت عليه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا إيلاد (بلا ثَمَنٍ) يغرمه للمشترى، وهذا خاص بما إذا أجبر على سببه ، كما إذا أجبره ظالم على مال فباع سلعته لإنسان ليدفع ثمنها للظالم أو

قوله : [فلا يلزم المكره عليه] : أى على المذهب . ومقابله : أنه إذا أكره على سبب البيع كان البيع لازمًا لمصلحة ؛ وهو الرفق بالمسجون لئلا يتباعد الناس عن الشراء فيهلك المظلوم . وهذا القول لابن كنانة ، وقد اختاره المتأخرون ، وأفتى به اللخمى والسيورى ومال إليه ابن عرفة ، وجرى به العمل بفاس — كذا فى (بن) وفيه أيضًا : أن من أكره على سبب البيع وسلّفه إنسانٌ دراهم ، كان له الرجوع بها عليه . بخلاف ما إذا ضمنه إنسان فدفع المال عنه لعدمه فإنه لا رجوع له عليه ، وإنما يرجع على الظالم . وذلك لأن للمكره أن يقول للدافع : أنت ظلمت ومالك لم تدفعه إلىّ ، بخلاف المسلف . وهذا هو الصواب خلافًا لما فى (عب) من عدم رجوع المسلف .

قوله : [جبراً حرامًا] : أى وأما لو أجبر على البيع جبراً حلالا لكان البيع لازمًا ؛ كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة، أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لنفقة زوجة أو ولد أو والِدين، أو لوفاء ما عليه من الخراج السلطانى الذى لا ظلم فيه .

أكرهه على أن يبيعها ليأخذ الظالم ثمنها منه أو من المشترى . وأما لو أكرهه على بيعها وأخذ ربُّها ثمنها ، فإنها إذا ردت عليه دفع للمشترى ما أخذه منه[١].

وبقى من شروط اللزوم : أن يكون العاقد مالكاً[٢] أو وكيلاً عنه وإلا فهو صحيح غير لازم .

قوله : [وأما لو أكرهه على بيعها] إلخ : حاصل ما فى المقام أن الإكراه على سبب البيع فيه أقوال ثلاثة قيل : إنه لازم ؛ وقيل : غير لازم وعليه إذا ردّ المبيع فهل بالثمن أو بلا ثمن ؛ مشى المصنف على أنه بلا ثمن. وبقى قول رابع لسحنون يقول : إن المضغوط إن كان قبض الثمن رد المبيع بالثمن وإلا فلا يغرمه ، وأما الإكراه على نفس البيع فهو غير لازم ، ويرد المبيع إن شاء البائع بالثمن قولاً واحداً ما لم تقم بينة على ضياعه من غير تفريط .

قوله : [وبقى من الشروط اللزوم] إلخ : وبقى شرط آخر فى المعقود عليه ؛ وهو أنه لا يتعلق به حق للغير بدليل ما يأتى من توقف بيع العبد الجانى على مستحق الجناية . فتكون شروط اللزوم خمسة ذكر المصنف والشارح أربعة وهذا واحد .

---

(١) العلم بالقصد غير المشروع ليس هو بالضبط ما نسميه الآن بالسبب cause فى التعاقد . فإن هذا القصد فى الأمثلة التى ضربها الإمام الصاوى ليست هى الدافع الباعث على التعاقد . وعلى العموم ، فإن الفقه الإسلامى لا يعرف نظرية السبب بوضعها الحديث لأنه فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، وإن كان أحياناً تتغلب فيه العوامل الدينيةنظراً لتقيده بالمشروعية الإسلامية (قصد الله تعالى فى كل الأمور) على وجه العموم . وفى بعض المذاهب تضمر نظرية السبب وتختفى وراء الصيغة ، وذلك كما فى المذهبين الحنفى والشافعى وفى بعضها الآخر تبرز هذه الاعتبارات الأدبية كما فى المذهبين المالكى والحنبلى (السنهورى — مصادر الحق ج ٤ ص ٥١ وما بعدها) ، وفى الاتجاه الأول يعتد بالسبب إذا كان داخلا فى صيغة العقد ويتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً ولكن لا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد . وأما فى المذهبين المالكى والحنبلى فقد قال أستاذنا السنهورى رحمه الله (المرجع السابق ص ٧١) أنه لا يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر فى العقد بشرط أن يكون معلوماً للطرف الآخر ، أو كانت الظروف تحتم علمه .

(٢) التصرف فى ملك الغير صحيح فى الأصل فى القانون المدنى إلا إذا وجد نص يبطلانه كبيع ملك الغير . لأن الأصل عندهم أن الالتزام إذا تعذر تنفيذه عيناً انقلب إلى تعويض . ولذلك فإذا لم يمكنه التنفيذ عيناً استحق الطرف الآخر تعويضاً قبل المتصرف فى ملك غيره . وأما فى الشريعة فالأصل فى التصرف فى ملك الغير أنه باطل لأنه غير مقدور التسليم ويؤدى إلى المنازعة .

● (ومُنِعَ) : أى حرم على المكلف : (بَيْعُ) رقيق (مُسْلِم) من إضافة المصدر لمفعوله (و) رقيق (صَغِيرٍ) كتابياً أو مجوسياً (و) رقيق (مَجُوسِيٍّ) كبير لجبرهما على الإسلام .

(و) بيع (مُصْحَفٍ) أو جزئه (و) كتب (حديثٍ لكافر) كتابى أو غيره . والبيع صحيح على المشهور وإن منع ولذا قال :

(وأُجْبِرَ) الكافر المشترى بلا فسخ للبيع (على إخْرَاجِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ أو عِتْقٍ ناجزٍ) فلا يكفى المؤجل (أو هِبَةٍ) لمسلم

قوله : [وبيع مصحف] : أى ولو كان بقراءة شاذة .

وقوله : [وكتب حديث] : مثلها كتب العلم وظاهره حرمة بيعها لكافر ولو كان الكافر يعظمها ، لأن مجرد تملكه لها إهانة . ويمنع أيضاً بيع التوراة والإنجيل لهم لأنها مبدلة ففيه إعانة لهم على ضلالهم . وكما يمنع بيع ما ذكر لهم يمنع الهبة والتصدق وتمضى الهبة والصدقة ويجبر على إخراجها من ملكهم كالبيع .

● تنبيه : كذلك يمنع بيع كل شىء علم أن المشترى قصد به أمراً لا يجوز ؛ كبيع جارية لأهل الفساد أو مملوك ، أو بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، أو خشبة لمن يتخذها صليباً ، أو عنباً لمن يعصر خمراً ، أو نحاساً لمن يتخذه ناقوساً ، أو آلة حرب للحربيين ، وكذا كل ما فيه قوة لأهل الحرب . وأما بيع الطعام لهم فقال ابن يونس : يجوز فى الهدنة وأما فى غيرها فلا يجوز . وقيل بالمنع مطلقاً — كذا فى (بن) نقله محشى الأصل .

قوله : [بلا فسخ] : هذا هو المشهور كما قال المازرى وهو مذهب المدونة . ومقابِلهُ : أنه يفسخ إذا كان المبيع قائماً ، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك . قال ابن رشد : والخلاف مقيد بما إذا علم البائع أن المشترى كافر، أما إذا ظن أنه مسلم فلا يفسخ بلا خلاف ويجبر على إخراجه من ملكه بالبيع ونحوه .

قوله : [ببيع] إلخ : أى والذى يتولى البيع الإمام لا السيد الكافر لأن فيه إهانة للمسلم بخلاف العتق والهبة والصدقة ، فإن السيد الكافر يتولاها ، وليس توليته لها كتوليته البيع فى إهانة المسلم ؛ فإن تولى الكافر بيعه نقضه الإمام وباعه هو كما قاله بعضهم .

(ولَوْ لِوَلَدٍ صَغِيرٍ) . وليس له اعتصاره منه ؛ فإن اعتصره أجبر على إخراجه ثانياً .

(وجازَ) لمشترٍ من الكا ـ (رَدُّهُ عليه بعَيْبٍ) وجده فيه ثم يجبر على إخراجه من ملكه بما مر (كأن .سْلَمَ) الرقيق (عِنْدَهُ) أى عند سيده الكافر فإنه يجبر على إخراجه عن ملكه .

(وباعَهُ الحاكِمُ إنْ) كان سيده . ئباً و (بَعُدَتْ غَيْبَةُ السَّيِّدِ) ؛ كمسافة عشرة أيام وكيومين مع الخوف فإن قربت بعث إليه ، فإن أجاب بشىء، وإلا بيع عليه .

قوله : [ولو لولد صغير] : رد بـ « لو » قول ابن شاس : إن الهبة للولد الصغير لا تكفى فى الإخراج ، إنما ذكر المصنف الصغير مع أن الكبير والصغير سواء فى الاعتصار[1] منهما ، لأن فيه فرض الخلاف وأما الهبة للكبير فإنها تكفى فى الإخراج اتفاقاً ، لقدرته على إفاتة الاعتصار بالتصرف بخلاف الصغير فإنه محجور عليه .

قوله : [وجاز لمشترٍ] : اعترض : بأن البيع هنا من السلطان وبيع السلطان بيع براءة . وأجيبَ : بفرض المسألة فيما إذا طرأ إسلام العبد بعد بيعه . فعلى هذا لو كان الإسلام سابقاً على البيع لم يكن للمشترى رده بالعيب خلافاً لما يوهمه الشارح . وأجيب بجواب آخر : بأن محل كون بيع السلطان بيع براءة إذا باع على المفلس ، وأما فى مثل هذا المحل فيُرَدّ عليه . وعلى هذا فكلام الشارح ظاهر .

قوله : [أى عند سيده الكافر] : كلامه صادق بأن يكون ذلك الكافر مشترياً من مسلم أو كان مالكاً أصلياً .

قوله : [وباعه الحاكم إن كان سيده غائباً] : مفهومه ؛ أنه لو كان حاضراً لا يتولى الحاكم بيعه مع أنه تقدم أنه يتولى بيعه حتى مع الحاضر ، لأن فى بقائه تحت يده وقت البيع مذلة ويمكن أن يقال إن ما تقدم يتولى الحاكم بيعه بحضرة ربه إن لم يخرجه بهبة مثلا . وأما هنا فيتعين على الحاكم بيعه لا غير بالتفصيل الذى ذكره الشارح .

قوله : [كمسافة عشرة أيام] : أى مع الأمن بدليل ما بعده .

● تنبيه : إن باع الكافر عبده الكافر بخيار لمسلم أو كافر فأسلم العبد

---

(١) الاعتصار : الرجوع فى الهبة للولد ونحوه .

● ثم بين شروط المعقود عليه بقوله :

● (وشُرُوطُ صحّةِ المعقودِ عليه : طهارةٌ) : فلا يصح بيع نجس ولا متنجس لا يمكن تطهيره كدهن تنجس .

(وانتفاعٌ به شرْعًا) : فلا يصح بيع آلة لهو .

(وعَدَمُ نَهْيٍ) عن بيعه ؛ لا ككلب صيد .

(وقُدْرَةٌ على تسليمِهِ) : لا طير فى الهواء ولا وحش فى الفلاة .

(وعَدَمُ جَهْلٍ بهِ) : فلا يصح بيع مجهول الذات ولا القَدْرِ ولا الصفة ؛ فهذه خمسة شروط .

* شرع فى بيان بعض محترزاتها بقوله :

(فلا يُبَاعُ كزِبْلٍ) لنحو حمار لنجاسته فأولى عذرة ودم ولحم ميتة . وجزم بعضهم بجواز بيع الزبل للضرورة .

زمن الخيار فإن حصل إسلامه فى خيار مشتر مسلم أمهل المشترى لانقضاء أمد الخيار فإن رده لبائعه جبر على إخراجه بما تقدم وأما إن حصل إسلامه فى خيار الكافر فلا يمهل بل يستعجل بالرد أو الإمضاء ؛ فإن أمضى جبر على إخراجه بما تقدم، وإن رد جبر الكافر البائع على إخراجه أيضًا ، ولو باع المسلم عبده المسلم لكافر بخيار للبائع منع من الإمضاء كما لو أسلم العبد زمن الخيار وإن كان الخيار للمشترى الكافر استعجل كذا فى الأصل .

قوله : [طهارة] : أى حاصلة أو مستحصلة كالخمر إذا تحجر أو تخلل

قوله : [كدهن تنجس] : أدخلت الكاف كل نجس لا يقبل التطهير .

قوله : [لا ككلب صيد] : أى لأنه نهى عن بيعه فى الحديث : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ومهر البغىّ وحلوان الكاهن » .

قوله : [على تسليمه] : أى على تسليم البائع له وعلى تسليم المشترى له .

قوله : [ولا القدر] : أى جملة وتفصيلا، أو تفصيلا فقط إلا فى بيع الجزاف كما يأتى .

قوله : [فهذه خمسة شروط] : أى فى المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا ويضم لها سادس وهو التمييز فى العاقد كما تقدم .

قوله : [وجزم بعضهم] : مراده به (بن) . وحاصل ما فيه أنه ذكر ابن

(و) لا (جِلْدِ مَيْتَةٍ ولو دُبِغَ) لما تقدم أن الدبغ لا يطهر على المشهور .

(و) لا (خَمْرٍ و) لا (زَيْتٍ) ونحوه من سائر الأدهان (تَنَجَّسَ) إذ لا يمكن تطهيره .

وأما ما يمكن تطهيره – كالثوب – فيصح ، ويجب البيان . فإن لم يبين وجب للمشترى الخيار ، وإن كان الغَسْلُ لا يفسده .

(و) لا يصح أن يباع (ما بَلَغَ) من الحيوان (السِّيَاقَ) : أى نزع الروح ؛ بحيث لا يدرك بذكاة لو كان مباح الأكل لعدم الانتفاع به . قال أصبغ : لا بأس ببيع المريض ما لم تنزل به أسباب الموت ، وكذا خشاش الأرض

عرفة فيه ثلاثة أقوال المنع مطلقًا والجواز مطلقًا وقال أشهب بجوازه عند الضرورة وظاهر المدونة الكراهة إن لم تكن ضرورة وفى التحفة :

ونجس صفقتــه محظوره ورخصوا فى الزبل للضروره

قال (بن) وهو يفيد أن العمل على جواز بيع الزبل دون العذرة للضرورة ونقله فى المعيار عن ابن لب وهو الذى به العمل عندنا وذكر بعضهم أن هذه الأقوال جارية فى العذرة أيضًا (اه) . وقول بعض شراح خليل إن بيع الزبل لا يجوز بوجه وإنما يجوز إسقاط الحق فيه للضرورة كلام يضارب بعضه لأن حقيقة البيع ما دل على الرضا وإسقاط الحق من ذلك القبيل فتأمل .

قوله : [ولو دبغ] : أى غير الكيمخت فإن الكيمخت متى دبغ طهر فيجوز بيعه على الراجح فى المذهب .

قوله : [إذ لا يمكن تطهيره] : ما ذكره من عدم صحة بيع الزيت المتنجس هو المشهور من المذهب ومقابله ما روى عن مالك جواز بيعه وكان يفتى بها ابن اللباد. قال ابن رشد: المشهور عن مالك المعلوم من مذهبه فى المدونة وغيرها أن بيعه لا يجوز : والأظهر فى القياس أن بيعه جائز لمن لا يغش به إذا بين لأن تنجيسه لا يسقط ملك ربه عنه ولا يذهب جملة المنافع منه قال (بن) وهذا على مذهب من لا يجيز غسله ، وأما على مذهب من يجيز غسله فسبيله فى البيع سبيل الثوب المتنجس.

كالدود الذى لا نفع به .

(و) لا (آلَةِ غِنَاءٍ و) لا جارية (مُغَنِّيَةٍ) من حيث غناؤها لعدم الانتفاع الشرعى وأما للخدمة أو الوطء فجائز .

(ولا ككَلْبِ صَيْدٍ) أو حراسة للنهى عن بيعه وإن كان طاهراً منتفعاً به وقيل بجواز بيعه .

* (وجَازَ هِرٌّ) : أى بيعه للجلد وغيره كاصطياد الفأرة .

(وَسَبُعٌ) : أى بيعه (للجِلْدِ) .

(وكُرِهَ) بيعهما (لِلَّحْمِ) لكراهة أكل لحمهما .

* (و) لا يصح أن يباع (آبِقٍ و) حيوان (شَارِدٍ) لعدم القدرة على تسليمه . فلذا لو علم محله وصفته ، وكان موقوفاً لصاحبه ليأخذه ، جاز بيعه على الرؤية المتقدمة أو على الصفة كالغائب . لا إن كان عند كسلطان فلا يجوز ؛ لأنه لا يقدر على نزعه منه إلا بمشقة .

وكذا لو كان فى أخذه منه خصومة فلا يجوز بيعه إذ كل ما فى خلاصه خصومة — أى نزاع ورفع للحاكم — لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه ولو فى أول حاله .

* (و) لا يباع (مَغْصُوبٌ) : لأنه بيع ما فيه خصومة فلا قدرة للبائع على تسليمه .

قوله : [الذى لا نفع به] : احترز بذلك عن الدود الذى به النفع فإنه جائز مثل دود الحرير والدود الذى يتخذ لطعم السمك .

قوله : [وقيل بجواز بيعه] : هذا قول سحنون فإنه قال أبيعه وأحج بثمنه ، وكلام التوضيح يفيد أن الخلاف فى مباح الاتخاذ مطلقاً كان لصيد أو حراسة ، وأما قول التحفة :

واتفقوا أن كلاب الماشيه يجوز بيعها ككلب الباديه

فقد انتقد ولده عليه فى شرحه حكاية الاتفاق فى كلب الماشية بل الخلاف فيه ككلب الصيد .

وقوله : [كاصطياد الفأرة] : مثله أخذ الزباد منه .

(إلاَّ) أن يبيعه ربُّه (مِنْ غَاصِبه) ، فيجوز (إنْ عَزَمَ) الغاصب (عَلَى رَدِّهِ) لربِّه . وأَوْلَى إن رده له بالفعل. فإن لم يعزم على رده لربه لم يجز بيعه له لأنه مقهور على بيعه منه ؛ لأن الكلام فى غاصب لا يُقدَر عليه إلا بمشقة . إلا أن القهر لا ينتج عدم صحة البيع ، وإنما يفيد عدم اللزوم .

• (وصَحَّ بَيْعُ مَرْهُونٍ) لغير راهنه (ووُقِفَ) إمضاؤه (عَلَى رِضَا المُرْتَهِنِ) : فله إمضاؤه وتعجيل دينه وعدم الإمضاء . وسيأتى تفصيل المسألة فى باب الرهن إن شاء الله تعالى .

قوله : [إن عزم الغاصب] : مثله جهل الحال على المعول عليه ومحل اشتراط العزم إذا كان الغاصب غير مقدور عليه بحيث لا تناله الأحكام وإلا جاز بيعه للغاصب من غير شرط لأنه كبيعه للمودع .

● تنبيه : قال فى ا (مج) : وإن ملّك الغاصب – بالتشديد – كأن باع ثم ملكَ – بالتخفيف – كأن ورث أو اشترى لا بقصد التحلل، فله الرجوع فى تمليكه . أما إن قصد مجرد التحلل فلا . ومن فروع المقام : شريك دار باع الكل تعديًا ثم ملك حظ شريكه : يرجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة (اهـ) .

قوله : [وأولى إن رده له بالفعل] : أى فالقول بأنه لا بد من مكثه عند ربه ستة أشهر فأكثر ضعيف .

قوله : [لأن الكلام فى غاصب] إلخ : ولذلك قلنا إنه هو الذى يشترط فيه العزم ، بخلاف الغاصب المقدور عليه .

قوله : [وإنما يفيد عدم اللزوم] : أى فكان مقتضاه أنه لا يعد من محترزات الصحة بل من محترزات اللزوم فهو من محترزات عدم الإكراه .

قوله : [لغير راهنه] صوابه لغير مرتهنه . فتأمل .

قوله : [فله إمضاؤه وتعجيل دينه] إلخ : حاصله أنه إنما يكون للمرتهن رد بيع الرهن بأحد أمور ثلاثة : إن بيع بأقل من الدين ولم يكمل الراهن للمرتهن دينه ، أو بغير جنس الدين ولم يأت برهن ثقة بدل الأول، أو يكون الدين مما لا يعجل كقرض أو طعام من بيع وإلا فلا رد له ويعجل دينه .

* (و) صح بيع (غيرِ المالِكِ) للسلعة — وهو المسمى بالفضولي — (ولو علِمَ المُشْتَرِي) أن البائع لا يملك المبتاع . وهو لازم من جهته منحل من جهة المالك .

(ووُقِفَ) البيع (عَلَى رِضَاهُ) ما لم يقع البيع بحضرته وهو ساكت فيكون لازمًا من جهته أيضًا وصار الفضولي كالوكيل .

(والغَلَّةُ للمُشْتَرِي إذا لم يَعْلَمْ بالتَّعَدِي) من بائعه بأن ظن أنه المالك أو أنه وكيل عنه أو لا علم عنده بشيء ؛ فإن علم المشتري بتعدي البائع فالغلة للمالك إن رد البيع .

* (و) صح بيع (عبدٍ جَانٍ ووُقِفَ) البيع : أي إمضاؤه

قوله : [وصح بيع غير المالك] : اختلف في القدوم عليه : فقيل بمنعه ، وقيل بجوازه ، وقيل بمنعه في العقار وجوازه في العرض .

قوله : [ما لم يقع البيع بحضرته] : أي وكذا إذا بلغه بيع الفضولي وسكت عامًا من حين علمه من غير مانع يمنعه من القيام ، ولا يعذر بجهل في سكوته .

وقوله : [والغلة للمشتري] : حاصل كلامه : أن الغلة للمشتري في جميع صور بيع الفضولي ، إلا في صورة واحدة فالغلة فيها للمالك وهي إذا علم المشتري أن البائع غير مالك ولم تقم شبهة تنفي عنه العداء . وحيث أمضى المالك بيع الفضولي فإن المالك يطالب الفضولي بالثمن ما لم يمض عام . فإن مضى وهو ساكت سقط حقه ، هذا إن بيع بحضرته . وإن بِيعَ بغيرها ما لم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام . وظاهر كلامهم : كان المبيع عقاراً أو عرْضًا .

● تنبيه : محل كون المالك ينقض بيع الفضولي إن لم يفت المبيع ، فإن فات بذهاب عينه فقط كان على الفضولي الأكثر من ثمنه وقيمته ولا فرق بين كون الفضولي غاصبًا أو غير غاصب — كذا في الأصل وحاشيته .

قوله : [وصح بيع عبد جان] إلخ : لم يذكر حكم الإقدام على بيعه مع علم الجناية . ولابن القاسم : من باع عبده بعد علمه بجنايته لم يجز إلا أن يحمل الأرش . ونقل أبو الحسن عن اللخمي الجواز واستحسنه .

(على المُسْتَحِقِّ) للجناية (إنْ لم يَدْفَعْ له السيِّدُ) البائع (أو المُبْتَاعُ الأَرْشَ) أى أرش الجناية ، فإن دفعه له أحدهما فلا كلام للمستحق .

(ولا يَرْجِعُ المُبْتَاعُ) إذا دفعه للمستحق ، وكان يزيد على الثمن ؛ بأن كان الثمن عشرة والأرش أكثر (بزائدِ الأَرْشِ) على السيد ، لأن من حجته أن يقول للمبتاع : أنت دفعت لى عشرة فلا يلزمنى إلا ما دفعته لى . فإن كان الأرش قدر الثمن فأقل رجع به على سيده .

(وله) : أى للمشترى (رَدُّهُ) : أى رد العبد لسيده (إن تَعَمَّدَهَا) أى الجناية ولم يعلم المشترى حال البيع بذلك ، لأنه عيب (ونُقِضَ البَيْعُ) : أى بيع الحالف الآتى ذكره) .

ولا كَلاَمَ (للمشترى) فى النقض وعدمه (فى) يمين حنث بحرية عبد نحو : (إنْ لم أفْعَلْ به كذا) كإن لم أضربه أو أحبسه (فَحُرٌّ) ثم باعه قبل أن يفعل به ما حلف عليه .

(و) إذا نقض (فَعَلَ) به (ما جَازَ) فعله — كضربه عشرة أسواط .

(وإلاَّ) يَجُزْ شرعًا ؛ كما لو حلف : لأضربنه مائة سوط (نُجِزَ عِتْقُهُ بالحُكْمِ) به من الحاكم . فإن فَعل به ما لا يجوز قبل الحكم عليه برئ . وهذا

قوله : [على المستحق للجناية] : أى لتعلق الجناية برقبة العبد .

قوله : [إن لم يدفع له السيد أو المبتاع الأرش] : أى فالخيار أولا للسيد فى دفع الأرش وعدمه فإن أبى خير المشترى فى دفعه وعدم دفعه فإن أبى خير المستحق للجناية فى رد البيع وأخذ العبد وإمضائه وأخذ الثمن .

قوله : [ولم يعلم] : أى وأما لو علم به حال الشراء فلا رد له لدخوله على ذلك العيب ككل مشتر علم العيب ودخل عليه .

وقوله : [لأنه عيب] : إنما كان عيبًا لأنه لا يؤمن من عوده لمثلها .

قوله : [كإن لم أضربه أو أحبسه] : أى فإنه يرد البيع — كان المحلوف به جائزاً أم لا — ثم يفصل بعد ذلك كما قال الشارح .

قوله : [فإن فعل به ما لا يجوز] إلخ : أى ويعتق عليه بالحكم إن شانَهُ ، وإلا بيعَ عليه لدفع الضرر فعُلِمَ أنه يحكم برد البيع مطلقاً ؛ حلف بما يجوز أو بما

فيما إذا كانت يمينه مطلقة أو مقيدة بأجل ولم ينقض .

(ولا رَدَّ) للبيع (إنْ قُدِّرَ) فى يمينه (بأجَلٍ) : كلأضربنه فى هذا الشهر ثم باعه (وانْقَضَى) الأجل ؛ (كاليمينِ باللهِ) فلا يرد البيع وعليه الكفارة نحو : والله لأضربنه ، ثم باعه قبل الضرب (والطلاقِ) نحو : إن لم يضربه فامرأته طالق ، ثم باعه قبل الضرب ؛ فلا يرد البيع ولا يلزمه الطلاق ولا ينجز عليه — خلافاً لابن دينار . وإنما يمنع منها ويضرب له أجَل الإيلاء — إن شاءت — كما هو مذهب المدونة لإمكان أن يرجع عليه ، أو يضربه عند المشترى وتنحلّ يمينه . فإن قيد بأجل وانقضى طلقت ، باعه أو لم يبعه .

● ثم نبه على جواز بيع أشياء قد يتوهم فيها المنع بقوله :

● (وجازَ بَيْعُ كعَمُودٍ) : أو حجر أو خشب ، فلذا زدنا الكاف على كلامه (عليهِ بِنَاءٌ) لبائعه أو غيره ، وعليه التعليق لبنائه وحذفنا قوله : « إن

لا يجوز . لكن يرد للملكه المستمر فيما يجوز . وأما فيما لا يجوز فيرد للملكه ولا يستمر .

قوله : [ثم باعه وانقضى الأجل] : إنما لم يردّ البيع فى هذه لأن يمينه قد ارتفعت ولم يلزمه عتق ، لأن الأجل انقضى وهو فى غير ملكه بمنزلة ما إذا مات قبل انقضاء الأجل . لا يقال : إنه يلزم من بيعه له عزمه على الضد ، وبالعزم على الضد يحصل الحنث ؛ لأننا نقول : يحمل على بيعه نسياناً أو ظنًّا أن المشترى لا يمنعه من ضربه وإن ضربه وهو عند المشترى يفيده .

قوله : [ولا يلزمه الطلاق] : أى بمجرد بيعه للعبد لا يلزمه الطلاق ولا ينجز عليه حيث كانت يمينه مطلقة ، إلا إذا عزم على الضد .

● **تنبيه** : لو حلف بحرّية عبده إن لم يضربه مثلا فكاتبه ثم ضربه ، قال ابن المواز : يبرّ . وقال أشهب : لا يبر ويمضى على كتابته ويوقف ما يؤديه لسيده من نجوم الكتابة ، فإن عتق بالأداء تم فيه الحنث وصار حرًّا وأخذ كل ما أدى ، وإن عجز ضربه إن شاء (اهـ . من الخرشى بتصرف) .

قوله : [قد يتوهم فيها المنع] : أى لأنه مظنة عدم القدرة على تسليمه .

قوله : [وعليه التعليق] : أى يلزم البائع تعليق بنائه وحفظه فإن انهدم ضاع عليه .

انتفت الإضاعة » لقول ابن عبد السلام : والقيد الأول لا حاجة إليه فى هذا الباب كأن يبيع النفيس بالثمن القليل إلخ (إن أمِنَ كَسْرُهُ) : بأن ظن عدمه وإلا لم يجز لعدم القدرة على تسليمه : (وَنَقْضُهُ) : أى العمود من محله (البائعُ) لأنه يشبه ما فيه حق توفية . فإن انكسر حال نقضه فضمانه من بائعه . وقيل : نقضه على المشترى فضمانه منه .

قوله : [وحذفنا قوله إن انتفت الإضاعة] : أى فإن الشيخ ذَكَرَه : ويتصور انتفاء الإضاعة — على القول باشتراطه — بكوْن البناء الذى على نحو العمود ليس كبير ثمن له أو مشرفًا على السقوط ، أو لكون المشترى أضعف الثمن للبائع أو قدر على تعليق عليه . فإن لم تنتف الإضاعة — على كلام الشيخ — لا يجوز ، والبيع صحيح . فهو شرط فى الجواز لا فى الصحة .

قوله : [لا حاجة إليه] : أى لأنه إنما ينهى عن إضاعة المال إذا لم يكن فى نظير شىء أصلا . وقاسه على بيع الغبن ، وبيع الغبن جائز ، وبحث فى تعليله بأن ما ضاع لأحد المتبايعين فى الغبن ينتفع به الآخر . وفى البناء ينقض ولا ينتفع به ، فهو إضاعة محضة وهو من الفساد المنهى عنه كما فى التنبيهات ونصه قالوا إنما هذا إذا كان يمكن تدعيمه وتعليقه ولو كان البناء الذى عليه لا يمكن نزع العمود إلا بهدمه لكان من الفساد فى الأرض الذى لا يجوز (اهـ . بن) .

قوله : [بأن ظن عدمه] : أى أو تحقق ومفهومه ثلاث صور تحقق الكسر أو ظنه أو الشك فيه فيمنع فى ثلاث ويجوز فى صورتين فتكون الصور خمسًا .

قوله : [وإلا لم يجز لعدم القدرة على تسليمه] : أى فلا يجوز ولا يصح ؛ لأن القدرة على التسليم من شروط الصحة كما تقدم بخلاف الشرط الأول على القول به . فهو من شروط الجواز فانعدامه لا ينافى الصحة .

قوله : [ونقضه] إلخ : جملة مستأنفة لبيان حكم المسألة لا أنه معطوف على الشروط .

قوله : [وقيل نقضه على المشترى] : قال فى الحاشية : إن كلاً من القولين قد رجح والظاهر منهما الأول ومحل القولين فى نقض العمود كما علمت وأما نقض البناء الذى حوله فعلى البائع اتفاقاً .

(و) جاز بيع (هواءٍ فَوْقَ هواءٍ): وأَوْلَى فوق بناء؛ كأن يقول المشترى لصاحب أرض: بعنى عشرة أذرع من الهواء فوق ما تبنيه بأرضك، (إنْ وُصِفَ البِنَاءُ) الأعلى والأسفل للأمن من الغرر والجهالة. ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل، ولكن ليس له أن يزيد على ما شرط عليه.

* (و) جاز (عَقْدٌ عَلَى غَرْزِ جِذْعٍ بحائط، وهو): أى العقد المذكور (مَضْمُونٌ): أى لازم أبداً؛ فيلزم رب الحائط أو وارثه أو المشترى إن هدم، وترميمه إنْ وَهَى.

(إلا أنْ تُعَيَّنَ مُدَّةٌ): كسنة أو أكثر (فإجَارَةٌ) أى فيكون العقد المذكور إجارة تنقضى بانقضاء المدة (وتَنْفَسِخُ بانهِدَامِهِ) ويرجع للمحاسبة قبل تمام المدة.

* (ولا) يصح أن يباع (مجهولٌ) للمتبايعين أو أحدهما، من ثمن، أو مثمن

قوله: [فوق هواء] إلخ: أى وأما هواء فوق الأرض كأن يقول إنسان لصاحب أرض: بعنى عشرة أذرع من الفراغ الذى فوق أرضك أبنى فيه بيتاً، فيجوز ولا يتوقف على وصف البناء إذ الأرض لا تتأثر بذلك ويملك المشترى باطن الأرض.

قوله: [إن وصف البناء] إلخ: أى بأن يصف ذات البناء من العظم والخفة والطول والقصر ويصف ما يبنى به من حجر أو آجرّ. ويأتى هنا قوله فيما يأتى: وهو مضمون إلا أن تعين مدة فإجارة. كما أنه حذف مما يأتى قوله هنا: إن وصف، فقد حذف من كل نظير ما أثبته فى الآخر؛ ففى كلامه احتباك فتأمل.

قوله: [وترميمه إن وَهَى]: أى وأما إن حصل خلل فى موضع الجذع فإصلاحه على المشترى إذ لا خلل فى الحائط.

قوله: [إلا أن تعين مدة]: فإن جهل الأمر حمل على البيع كذا فى (بن).

قوله: [وتنفسخ بانهدامه]: أى لتلف ما يستوفى منه. وسيأتى فى الإجارة أنها تنفسخ بتلف ما يستوفى منه لا به.

قوله: [مجهول للمتبايعين]: أى فلا بد من كون الثمن والمثمن معلومين

ذاتاً ، أو صفة ، بل (ولو) تعلق الجهل (بالتفصيل) : أى تفصيل الثمن أو المثمن .

ومَثَّل للجهل بتفصيل الثمن بقوله :

(كَعَبْدَيْ رَجُلَيْنِ) معلومين لكل واحد منهما عبد (بِكَذا) : بمائة مثلا ؛ أى أن العبدين المعلومين كلاهما بمائة . فهذا جهل بتفصيل الثمن ؛ إذ لا يعلم ما يخص كل واحد منه ، فلذا لو سمى المشترى لكل عبد ثمناً بعينه لجاز .

ومَثَّل لجهل الصفة بقوله :

(وكَرِطْلٍ مِنْ شاةٍ) مثلا (قَبْلَ السَّلْخِ) وأولى قبل الذبح بكذا ، فلا يصح ؛ لأنه لا يدرى ما صفة اللحم بعد سلخه وأما بعد السلخ فجائز .

ومَثَّل لما جُهل قدره ، أو قدره وصفته ، أو قدره وصفته وذاته — بحسب الأحوال — بقوله :

للبائع والمشترى ، وإلا فسد البيع وجهل أحدهما كجهلهما ، سواء علم العالم بجهل الجاهل أو لا . وقيل : يخير الجاهل منهما إذا لم يعلم العالم بجهله .

قوله : [ذاتاً أو صفة] : فجهل الذات : كأن يشترى ذاتاً لا يدرى ما هى . وجهل الصفة : كأن يعلم أنها شاة مثلا ويجهل سلامتها من العيوب .

قوله : [لكل واحد منهما عبد] : مثل ذلك ما لو كان لأحدهما عبد والآخر مشترك بينهما أو مشتركان بينهما على التفاوت كثلث من أحدهما والثلثين من الآخر ويبيعانهما صفقة واحدة ولا مفهوم لعبدين ولا لرجلين . ومفهوم قولنا : « على التفاوت » أنه لو كانا يملكانهما على السواء ويبيعانهما صفقة واحدة لا يضر الجهل فيهما ؛ لأن الثمن معلوم التفصيل بعد البيع .

قوله : [فلذا لو سمى المشترى] : أى وكذا لو اتفقا أن يجعلا لهذا العبد ثلثا وللآخر ثلثين من الثمن .

قوله : [وكرطل من شاة] : محل المنع إن كان البيع على البتّ وأما على الخيار عند الرؤية فجائز ومحل كلام المصنف إذا لم يكن المشترى للرطل هو البائع ووقع الشراء عقب البيع وإلا فيجوز كما سيأتى من جواز استثناء الأرطال لعلم البائع بصفة لحم شاته .

(و) نحو (تُرَابِ كَصَائِغٍ) وعطار .

(وَرَدَّهُ) المشترى (لِبَائِعِهِ) لعدم صحة البيع (وَلَوْ خَلَّصَهُ) من ترابه . (وله) : أى للمشترى (الأَجْرُ) فى نظير تخليصه (إِنْ لَمْ يَزِدِ) الأجر (عَلَى قِيمَةِ الخَارِجِ) : بأن كان الأجر قَدْرَه فأقل ، فإن زاد — بأن كان الأجر عشرة والخارج خمسة — لم يدفع له إلا خمسة . فإن لم يخرج شىء فلا شىء له ويرجع بالثمن الذى دفعه للبائع على كل حال لفساد البيع . وقيل : له أجر مثله ولو زاد على ما خرج . وهو ظاهر إطلاق الشيخ ورجح . وما ذكرناه أظهر ؛ لأنه خلصه لنفسه لا للبائع .

* (بخلافِ) تراب (معدنِ ذهبٍ أو فِضَّةٍ) بيع بغير صنفه ، فيجوز .

(و) بخلاف (جُمْلَةِ شَاةٍ قَبْلَ السَّلْخِ) فيجوز قياسًا على الحى الذى لا يراد إلا للذبح .

قوله : [ونحو تراب كصائغ] : انظر هل يلحق به هباب الأفران ؟ أو يجوز شراؤها إن وجدت فيها شروط الجزاف ؟ وهو الظاهر .

قوله : [ولو خلصه من ترابه] : ردّ بلو على ما قاله ابن أبى زيد من أنه لا يرد ويبقى لمشتريه ويغرم قيمته على غرره على فرض جواز بيعه .

قوله : [وما ذكرناه أظهر] : أى وهى طريقة ابن يونس فالأجرة عنده منوطة بالتخليص فإذا زادت الأجرة على ما خلصه فليس له إلا ما خلصه .

قوله : [بيع بغير صنفه فيجوز] : أى سواء كان البيع جزافًا أو كيلا .

قوله : [بخلاف جملة شاة] : أى تباع جزافًا وأما وزنًا فيمنع لما فيه من بيع لحم وعرض وزنًا فإن الجلد والصوف عرض ، كذا علل فى الأصل . وهو يقتضى الجواز إذا استثنى العرض. وليس كذلك . فالأوْلَى ما قال بعضهم : من أن علة المنع أن الوزن يقتضى أن المقصود اللحم وهو مغيب بخلاف الجزاف فإن المقصود الذات بتمامها وهى مرئية . وعبارة الخرشى : إنما جاز بيعها جزافًا لأنها تدخل فى ضمان المشترى بالعقد لأن المبيع الذات المرئية بتمامها كشاة حية بخلاف ما إذا وقع البيع للشاة بتمامها قبل السلخ على الوزن فالمقصود حينئذ ما شأنه الوزن

(و) بخلاف (حِنْطَةٍ فى سُنْبُلٍ بَعْدَ يُبْسِهَا) قبل حصده وبعده قتًّا ومنفوشًا ، (أو) فى (تِبْنٍ) بعد الدرس فيجوز (إنْ وَقَعَ) البيع (عَلَى كَيْلٍ) فى الأربع صور ، نحو : بعتك جميع حب هذا كل إردب بكذا أو بعتك من حبه إردبًا بكذا ؛ كالصُّبرة الآتى بيانها . ولا يجوز جزافًا إلا أن يبيعه بقتّه وتبنه فيجوز فى غير المنفوش ، وهو معنى قوله :

(و) بخلاف (قَتٍّ مِنْ نَحْوِ قَمْحٍ) مما يمكن حزره كالذرة ومثله القائم بأرضه فيجوز (جُزَافاً ، لا) إن كان (مَنْفُوشًا) فلا يجوز ، ومثل الحنطة غيرها من الحبوب .

* فالحاصل أن للزرع خمسة أحوال: قائم بالأرض وغير قائم، وغير القائم: إما قتّ ،وإما منفوش، وإما فى تبنه فى الجرين. وإما خالص بعد التذرية؛ وهو المشار إليه بالصبرة الآتى بيانها . فبيع الحب خاصة جائز فى الجميع إن وقع بكيل ، وبيعه بقته يجوز جزافًا فيما عدا المنفوش، وكذا بيع الصبرة جزافًا بشروط الجزاف الآتية .

وهو اللحم فيرجع لبيع اللحم المغيب المجهول الصفة (اهـ) .

قوله : [فيجوز إن وقع البيع على كيل] : أى ويشترط أن لا يتأخر تمام حصده ودراسه أكثر من خمسة عشر يومًا وإلا منع لما فيه من السلم فى معين . هذا إذا كان التأخير مدخولا عليه بالشرط أو العادة وإلا فلا يضر التأخير . كما يؤخذ من الموطأ وشراح خليل فى باب السلم . وما قيل هنا يقال فى زيت الزيتون ودقيق الحنطة .

قوله : [نحو بعتك جميع حب هذا] : أى ويقال له جزاف على كيل .

قوله : [كالذرة] : أى الذى ثمرته فى رأسه كالعويجة والأصفر بخلاف الذرة المسمى بالشامى فإنه لا يباع جزافاً وهكذا كل ما ثمرته فى ساقه لا فى رأسه .

قوله : [جائز فى الجميع إن وقع بكيل] : أى بشرطه المتقدم .

قوله : [يجوز جزافاً فيما عدا المنفوش] : هذا مجمل . وحاصله : أن القتّ والقائم يجوز فيهما الجزاف بشروطه . والمنفوش وما فى تبنه إن رآهما المشترى فى أرضهما قبل الحصد جاز فيهما الجزاف أيضًا بشروطه وإن لم يرهما لم يجز . فلا فرق بين المنفوش وما فى تبنه .

(و) بخلاف (زَيْتِ زيتونٍ بِوَزْنٍ) فيجوز ، نحو : بعتك زيت هذا الزيتون كل رطل بكذا . (ودَقِيقِ حِنْطَةٍ) ونحوها فيجوز ، نحو : بعتك دقيق هذه الحنطة كل صاع بكذا .

(إنْ لم يَخْتَلِفِ الخروجُ) : أى خروج الزيت أو الدقيق عادة . فإن اختلف بأن كان تارة يخرج له زيت أو دقيق، وتارة لا يخرج ، لم يَجُزْ البيع للغَرَر ، لكن الخروج وعدمه يكثر فى الزيت دون الحبوب فلذا قدم الشيخ هذا الشرط عند الزيت .

(ولمْ يَتَأَخَّرْ) عصر الزيت أو طحن الحب (أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ شَهْرٍ) وإلا لزم السلم فى معين وهو ممنوع .

(و) بخلاف (صاعٍ) من هذه الصبرة بكذا أوْ كُلَّ صاع من صُبْرَةٍ) معينة وأريد بيع الجميع؛ لأن الجهل وإن تعلق بجملة الثمن ابتداء لكن يعلم تفصيله بالكيل فاغتفر (أو كُلِّ ذِرَاعٍ من شُقَّةٍ ، أو كُلِّ رَطْلٍ من زيْتٍ) : أى فلا فرق بين المكيلات والمقيسات والموزونات فيجوز (إنْ أُرِيدَ الكُلُّ) : أى شراء الجميع مما ذكر (أو عُيِّنَ قَدْرٌ) منه كصاع أو عشرة

قوله : [فإن اختلف بأن كان تارة] إلخ : مثله الاختلاف فى القلة والكثرة والصفاء والجودة . ومحل منعه عند اختلاف الخروج ما لم يشتر على الخيار وإلا جاز ولو اختلف الخروج .

قوله : [وإلا لزم السلم فى معين] : أى لأن أقل أجل السلم نصف شهر ، فلو تأخر حصل أجر السلم . وشرط صحة السلم المؤجل بهذا الأجل أن يكون المسلم فيه فى الذمة لا فى معين .

قوله : [وأريد بيع الجميع] : راجع للثانية . وحاصله : أن المشترى إذا قال للبائع : أشترى منك صاعاً من هذه الصبرة ، أو أشترى منك كل صاع من هذه الصبرة بكذا . وأراد فى الصورة الثانية شراء جميعها كان البيع جائزاً سواء كانت الصبرة معلومة الصيعان أم لا . لأنها إن كانت معلومة الصيعان كانت معلومة الجملة والتفصيل . وإن كانت مجهولته كانت مجهولة الجملة معلومة التفصيل . وجهل الجملة فقط لا يضر كما علم .

آصع بكذا أو ذراع أو عشرة أذرع أورطل أو عشرة أرطال (وإلاّ): بأن أريد بعض غير معين (فلاّ) يجوز وهو معنى قوله : « لا منها وأريد البعض » للجهل بجملة الثمن والمثمن فلم يغتفر .

* (و) بخلاف بيع (جِزَاف) مثلث الجيم – فارسى معرب – وهو : بيع ما يكال أو يوزن أو يعدّ جملة بلا كيل ولا وزن ولا عدّ ، والأصل فيه المنع للجهل ، لكن أجازه الشارع للضرورة والمشقة فيجوز بشروط سبعة :

قوله : [بأن أريد بعض غير معين فلا يجوز] : الحاصل أنه إذا أتى بـ « من » كقوله : أشترى من هذه الصبرة كل إردب بدينار ، أو أشترى من هذه الشقة كل ذراع بكذا ، أو أشترى من هذه الشمعة كل رطل بكذا ، فإن أريد بها التبعيض منع ، وإن أريد بها بيان الجنس – والقصد أن يقول : أبيعك هذه الصبرة كل إردب بكذا ، فلا يمنع . وأما إن لم يرد بها واحد منهما فطريقتان : المنع لتبادر التبعيض منها ، وهو ما يفيده كلام ابن عرفة ، والجواز لاحتمال زيادتها . وهذه الطريقة متبادرة من المصنف لأنه قيد المنع بإرادة البعض . وأقوى الطريقتين الأولى كما يفيده كلام (بن) نقلاً عن الفاكهانى ، فانظره ، ومثل الإتيان بـ « من » وإرادة البعض فى المنع ، كما إذا قال أشترى منك ما يحتاج له الميت من هذه الشقة كل ذراع بكذا ، أو أشترى منك ما يكفينى قميصاً من هذه الشقة كل ذراع بكذا ، أو أشترى منك ما توقده النار من هذه الشمعة فى الزفاف كل رطل بكذا .

● تنبيه : يجوز للشخص أن يبيع نحو الشاة ويستثنى قدراً من الأرطال أقل من ثلثها إن بيعت قبل الذبح أو السلخ . فإن بيعت بعدهما جاز له استثناء ما شاء وكذا له استثناء جزء شائع مطلقاً ، قلّ أو كثر قبل السلخ أو بعده . ولا يجوز لمستثنى الأرطال أخذ شىء بدلها . ويجوز بيع الصبرة أو الثمرة جزافاً ويستثنى قدر الثلث فأقل إن كان المستثنى كيلا وفى الجزء الشائع يستثنى ما شاء .

قوله : [وبخلاف بيع جزاف] : عرّفه ابن عرفة بقوله : وهو بيع ما يمكن علم قدره دون أن يعلم (ا هـ) .

* أشار للأول بقوله : (إنْ رُئِيَ) حال العقد أو قبله واستمر على حاله لوقت العقد . ولا يجوز بيعه على الصفة ، ولا على رؤية متقدمة يمكن فيها التغيير . وهذا ما لم يلزم على الرؤية فساد المبيع؛ كقلال الخل مطينة يفسدها فتحها ، وإلا جاز . ويكفى حضورها مجلس العقد .

* وللثانى بقوله : (وَلَمْ يَكْثُرْ جِداً) أى يكون كثيراً لا جداً ، فإن كان كثيراً جداً بحيث يتعذر حزره ، أو قل جداً بحيث يسهل عده ، لم يجز جزافاً . بخلاف ما قل جداً من مكيل أو موزون فيجوز .

(وجَهِلاَهُ) معاً : أى جهلا قدر كيله أو وزنه أو عدده (وحَزَرَاهُ) أى خمنا قدره عند إرادة العقد عليه .

قوله : [أو قبله واستمر على حاله] إلخ : هذا مبنى على ما اختاره ابن رشد من أنه لا يشترط فى الجزاف الحضور سواء كان زرعاً قائماً أو صبرة طعام أو غيرهما وإنما يشترط فيه الرؤية بالبصر سواء كانت مقارنة للعقد أو سابقة عليه. وهذا بخلاف رواية ابن القاسم عن مالك من اشتراط حضور بيع الجزاف حين العقد إلا الزرع القائم والثمار فى رءوس الأشجار فيغتفر فيهما عدم الحضور إذ تقدمت الرؤية واختار (ح) هذه الطريقة .

قوله : [ولم يكثر جداً] إلخ : حاصله أن ما كثر جداً يمنع بيعه جزافاً سواء كان مكيلا أو موزوناً أو معدوداً لتعذر حزره. وما كثر لا جداً يجوز بيعه جزافاً مكيلا كان أو معدوداً أو موزوناً لإمكان حزره . وأما ما قل جداً فيمنع بيعه جزافاً إن كان معدوداً لأنه لا مشقة له فى علمه بالعد . ويجوز إن كان مكيلا أو موزوناً ولو كان لا مشقة فى كيله أو وزنه .

قوله : [وجهلاه] : أى من الجهة التى وقع العقد عليها . بكبيعه جزافاً وهما يجهلان عدده ويعرفان وزنه لأن المبيع إذا كان له جهتان – كوزن وعدد – فجهل من الجهة التى وقع العقد عليها وجد شرطه.

قوله : [وحزراه] : أى ولا بد أن يكون كل منهما من أهل الحزر بأن اعتاداه ، وإلا فلا يصح . فلو وكلا من يحزره وكان من أهل الحزر كفى . كانا من أهل الحزر أم لا . فالشرط حزر البيع بالفعل من أهل الحزر كان الحزر

(واسْتَوَتْ أرْضُهُ) فى اعتقادهما ، وإلا فسد العقد . ثم إن ظهر الاستواء فظاهر وإلا فالخيار لمن لزمه الضرر .

(وشَقَّ عَدُّهُ) : أى كان فى عده مشقة إن كان معدوداً كالبيض ، وأما ما شأنه الكيل — كالحب — أو الوزن — كالزيتون — فلا يشترط فيه المشقة .

(ولم تُقْصَدْ أفرَادُه) أى آحاده بالبيع فإن قصدت كالثياب والعبيد لم يجز بيعه جزافاً .

(إلا أن يقل ثمنها) عادة : (كرُمَّانٍ) وتفاح وبيض فيجوز .

منهما أو ممن وكلاه .

قوله : [فى اعتقادهما] : مراده بالاعتقاد ما يشمل الظن .

قوله : [فلا يشترط فيه المشقة] : والفرق أن المكيل والموزون مظنة المشقة لاحتياجهما لآلة وتحرير وذلك لا يتأتى لكل الناس بخلاف العدّ لتيسره لغالب الناس.

قوله : [ولم تقصد أفراده] : أى بأن كان التفاوت بينهما كثيراً فإن قلّ التفاوت جاز ، وهو معنى قوله : إلا أن يقل ثمنها ؛ فهو مستثنى من مفهوم ما قبله . فإن قصدت أفراده فلا يجوز بيعه جزافاً ولابد من عده إلا أن يقل ثمن تلك الأفراد فإنه يجوز بيعه جزافاً ولا يضر قصد الأفراد . فعُلم من المصنف أن ما يباع جزافاً إما أن يعد بمشقة أو لا ، وفى كل : إما أن تقصد أفراده أو لا ، وفى كل: إما أن يقل ثمنها أو لا . فمتى عُدّ بلا مشقة لم يجز جزافاً قصدت أفراده أولا ، قل ثمنها أو لا . ومتى عد بمشقة . فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه جزافاً قل ثمنها أولا . وإذا قصدت جاز إن قل ثمنها بالنسبة لبعضها مع بعض ومنع إن لم يقلّ . فالمنع فى خمسة أحوال والجواز فى ثلاثة .

قوله : [كرمّان] : ومثله البطيخ وإن اختلفت آحاده كما فى العتبية والموازية .

● تنبيه : بقى من شروط الجزاف : أن لا يشتريه مع مكيل على ما سيأتى. وأما عدم الدخول عليه ، فقيل : إنه شرط لا بد منه . وعليه فلا يجوز أن تدفع درهماً لعطار ليعطيك به شيئاً من الأبزار من غير وزن ، ولا لفوال ليدفع لك به

فعُلِمَ أن الشروط الخمسة : الأوّل عامة ، وأن الشرطين الآخرين خاصان بالمعدود .

(لا إنْ لم يُرَ) فلا يصح بيعه جزافًا .

(وإنْ) كان غير المرئى (مِلْءَ ظَرْف) فارغ : كقفة يملؤها حنطة بدرهم أو قارورة يملؤها زيتًا مثلا بكذا (ولو) كان الظرف مملوءاً فاشتراه جزافًا بدرهم على أن يملأه (ثانِيًا) من ذلك المبيع بدرهم (بعدَ تَفْرِيغِه) : لأن الثانى غير مرئى حال العقد وليس الظرف مكيلا معلومًا (إلا نَحْوَ سَلَّةِ زبِيبٍ) وتين وقِرْبَة ماء وجِرارِه مما صار فى العرف كالمكيال لذلك الشىء ، فيجوز شراء مثله فارغًا وملئه ثانيًا بعد تفريغه بدرهم . والسلة بفتح السين : الإناء الذى يوضع فيه التين ونحوه .

(ولا إنْ كَثُرَ جِدًّا) بحيث لا يمكن حزره عادةً فلا يجوز بيعه جزافًا .

(أو عَلِمَهُ أحَدُهُما) فلا يجوز جزافًا . (فإنْ عَلِمَ الجاهِلُ) بقدره (حينَ العَقْدِ بعِلْمِه) : أى بعلم صاحبه لقدره (فَسَدَ) البيع ورده إن كان قائمًا وإلا فالقيمة . (و) إن علم الجاهل بعلم صاحبه (بعدَه)أى بعد العقد (خُيِّرَ) فى الرد والإمضاء .

(أو قُصِدَت الأفْرَادُ) ولم يقلّ ثمنها (كثِيَابٍ) فلا يجوز بيعها جزافًا

فولا حارًّا أو مدمسًا ، ولا أن تأتى لجزار وتتفق معه على أن يكوم لك لحمًا وتشتريه جزافًا . فلا بد فى الجواز فى جميع ما تقدم أن يكون مجزفًا عنده قبل طلبك . وقيل لا يضر الدخول عليه وهى فسحة ، واختاره فى الحاشية .

قوله : [لا إن لم ير] : أى يبصر حين العقد ولا قبله ولو كان حاضراً . وظاهره منع بيع غير المرئى ، ولو وقع على الخيار للخروج عن الرخصة .

قوله : [كقفة] إلخ : أى حيث كانت القفة أو القارورة غير معروفة القدر وإلا كان مكيالا معلومًا فيخرج عن الجزاف ، وأما شرط ما فى المكيال المجهول جزافًا فجائز بشروطه لا على أنه مكيل به .

قوله : [فسد البيع] إلخ : أى لتعاقدهما على الغرر .

قوله : [وإلا فالقيمة] : أى لأنه مثلى مجهول القدر .

(ونَقْد) ذهب أو فضة (والتعامُلُ) : أى والحال أن التعامل بذلك النقد (بالعَدَد) . فإن كان التعامل بالوزن فقط جاز لعدم قصد الأفراد حينئذ (ولا) يجوز (جِزَافٌ) — كان مما أصله أن يكال كالحب أم لا — (مَعَ مَكِيلٍ) من نوعه أو غيره — كان مما أصله أن يباع جزافًا أو كيلا — لخروج أحدهما أو خروجهما معاً عن الأصل .

* فهذه أربع صور ؛ استثنى منها صورة بقوله :

(إلاَّ أنْ يَأْتِيَا) معاً (على الأصْلِ ؛ كجِزَافِ أرضٍ مع مَكِيلِ حَبٍّ) كإردب حنطة فى عقد واحد ؛ (فيجُوزُ) (كَجِزَافَيْنِ) مطلقًا جاء كل على الأصل أو أحدهما أو لا . كقطعة أرض مع قطعة أرض أخرى فى عقد واحد بكذا

قوله : [فإن كان التعامل بالوزن فقط جاز] : أى كانت مسكوكة أم لا ، وأما بالعدد أو بالوزن والعدد فيمنع مسكوكة أم لا هذا هو المعتمد .

قوله : [كان مما أصله أن يكال] : إلخ : لما كان الغرر المانع من صحة البيع قد يكون بسبب انضمام معلوم لمجهول ؛ لأن انضمامه إليه يصير فى المعلوم جهلا لم يكن ، وكان فى ذلك تفصيل ، شرع المصنف يبينه فى هذا المبحث .

قوله : [كان مما أصله أن يباع جزافًا] : أى كالأرض .

وقوله : [أم لا] : أى كالحب .

قوله : [لخروج أحدهما] : أى فى صورتين وهى جزاف حب مع مكيل منه ومكيل أرض مع جزاف أرض .

وقوله: [أو خروجهما معاً]: أى فى صورة؛ وهى مكيل أرض مع جزاف حب .

قوله : [فهذه أربع صور] : أى ثلاثة منها ممنوعة والرابعة المستثناة .

قوله : [كجزاف أرض مع مكيل حب] : أى كقطعة أرض مجهولة القدر يشتريها مع إردب قمح بدينار مثلا .

قوله : [كجزافين مطلقًا] : قدر الشارح هنا . قوله : مطلقًا إشارة إلى أنه حذفه من الأول لدلالة الثانى عليه .

قوله : [كقطعة أرض مع قطعة أرض أخرى] إلخ : تمثيل على سبيل اللف والنشر المرتب .

أو كقطعة أرض مع صبرة قمح أو مع إردب من قمح وكصبرة مع أخرى .

(ومَكِيلَيْنِ مُطْلَقًا) فيجوز فى عقد واحد ؛ كمائة ذراع من أرض ومثلها من أخرى أو مع إردب قمح أو إردب قمح مع إردب فول بكذا .

(وجُزَافٍ مع عَرْضٍ) فيجوز فى صفقة واحدة ؛ كصبرة حب أو قطعة أرض مع عبد ونحوه مما لا يباع جزافًا .

• (وجَازَ) البيع (على رُؤْيَةِ بعضِ المِثْلِيّ) من مكيل وموزون كقطن وكتان بخلاف المقوّم فلا يكفى رؤية بعضه كثوب من أثواب .

قوله : [ومكيلين مطلقًا] : أى خرجا عن الأصل أو أحدهما أو لا ، وقول الشارح : كمائة ذراع من أرض إلخ : تمثيل على سبيل اللف والنشر المرتب أيضًا.

قوله : [وجزاف مع عرض] : أى خرج ذلك الجزاف عن الأصل أم لا ، بدليل تمثيل الشارح .

قوله : [مما لا يباع جزافًا] : أى ولا كيلا كسائر الحيوانات .

• تنبيه : يجوز جزافان فى صفقة واحدة على كيل أو وزن أو عدد إن اتحد ثمنهما وصفتهما . كصبرتى قمح اشتراهما على الكيل كل صاع منهما بدرهم . فلو اختلف الثمن فيهما — كما لو اشترى كل صاع من إحداهما بدرهم والأخرى بنصف درهم ، أو اختلفت الصفة كقمح وشعير أو الجودة والرداءة — منع ولو اتحد الثمن . ولا يضاف لجزاف بيع على كيل أو وزن أو عدد غيره مطلقًا مكيلا أو موزونًا أو معدوداً من جنسه أو من غير جنسه . فلا يجوز أن تبيع صبرة كل قفيز منها بكذا على أن مع المبيع سلعة كذا من غير تسمية ثمن لها بل ثمنها من جملة ما اشترى به المكيل لأن ما يخص السلعة حين البيع مجهول (اهـ . ملخصًا من الأصل) .

قوله : [على رؤية بعض المثلى] : أى يجوز العقد مكتفيًا بذلك فى معرفة الصفة سواء كان البيع بتًا أو على الخيار ولو جزافًا ؛ لما مر أن رؤية البعض كافية فيه كرؤية السمن فى حلق الجرة مثلا . ويشترط فى رؤية ذلك البعض فى الجزاف أن يكون متصلا كالمثال .

قوله : [بخلاف المقوم] : أى كعدل مملوء من القماش ، فلا تكفى رؤية

(و) على رؤية (الصِّوَان) بكسر الصاد المهمله وضمها وتخفيف الواو : ما يصون الشيء كقشر الرمان والجوز واللوز فلا يشترط كسر بعضه ليرى ما في داخله ومن ذلك البطيخ .

(و) على رؤية (البَرْنَامِجِ) بفتح الباء وكسر الميم : الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل من الثياب المبيعة ؛ أي يجوز أن يشترى ثياباً مربوطة في العدل معتَمداً فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر ؛ فإن وجدت على الصفة لزم ، وإلا خُيِّرَ المشترى ؛ إن كانت أدنى صفة ، فإن وجدها أقل عدداً وضع عنه من الثمن بقدره . فإن كثر النقص أكثر من النصف لم يلزمه ورد به البيع . فإن وجدها أكثر عدداً كان البائع شريكاً معه بنسبة الزائد وقيل يردّ ما زاد . قال ابن القاسم : والأول أحب إليّ .

(و) لو قبضه المشترى وغاب عليه وادعى أنه أدنى أو أنقص مما هو مكتوب في البرنامج (حَلَفَ البائعُ أنَّ ما في العِدْلِ مُوَافِقٌ للمَكْتُوبِ) حيث

بعضه على ظاهر المذهب كما في التوضيح . وقال ابن عبد السلام : الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلى في كفاية رؤية البعض إذا كان المقوم من صنف واحد (اهـ). والراجح الأول . ومحل عدم الاكتفاء برؤية البعض فيه إن لم يكن في نشره إتلاف وإلا اكتفى برؤية البعض .

قوله : [وضع عنه من الثمن بقدره] : أي كما قال في المدونة .

قوله : [لم يلزمه ورد به البيع] : أي إن شاء ، ولا يتعين الرد . وليس هذا من قبيل قوله الآتى : ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره ؛ لأن ذلك في المعين وما هنا في الموصوف . وإنما اغتفر الاعتماد على الدفتر لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويث شيئه ومؤن شده إن لم يرضه المشترى ، فأقيمت الصفة مقام الرؤية وإن كان الشيء حاضراً .

قوله : [حلف البائع] إلخ : حاصل ما ذكره المصنف : أن المشترى على البرنامج إذا ادعى بعد قبض المتاع — وغاب عليه أو تلف البرنامج — عدم موافقة ما في العدل لما في البرنامج وادعى البائع الموافقة ، فإن البائع يحلف أن ما في العدل موافق للمكتوب في البرنامج . وهذا إذا قبضه على تصديق البائع فإن قبضه على أن

أنكر ما ادعاه المشترى : أى فالقول للبائع بيمينه ؛ (وإلا) بأن نكل (حَلَفَ المُشْتَرِي وَرَدَّ البيعَ) وحلف أنه ما بدل فيه وأن هذا هو المبتاع بعينه ، فإن نكل كالبائع لزمه .

(كَدَافِعٍ لدرَاهِمَ) كانت عليه دَيناً أو أقرضها لغيره (ادَّعَى عليه) : أى ادعى عليه آخذها (أنَّها رَدِيئَةٌ أو نَاقِصَةٌ) ، فالقول لدافعها بيمين أنه ما دفع إلا جياداً أو كاملة ، فإن نكل حلف آخذها وردها أو كمل له دافعها النقص . وهذا إذا قبضها آخذها على المفاضلة . فإن قبضها ليزنها أو لينظر فيها فالقول للقابض بيمينه .

* (و) جاز (بَيْعٌ) لسلعة (عَلَى الصِّفَةِ) لها من غير بائعها بل (وإنْ مِنَ البَائع ، إنْ لم يَكُنْ) المبيع (فِي مَجْلِسِ العَقْدِ)

المشترى مصدق كان القول قول المشترى . وكذا إذا قبضه ليقلب وينظر ، قاله أبو الحسن نقلا عن اللخمى اهـ . (بن) . إن قلت : القاعدة أن الذى يحلف المدعى عليه لا المدعى ؟ وهنا قد حلف البائع وهو مدع للموافقة . قلت: البائع وإن ادعى الموافقة إلا أنه فى المعنى مدعى عليه لأن المدعى عليه هو من ترجح قوله بمعهود أو أصل والأصل هنا الموافقة .

قوله : [حلف المشترى] : أى على المخالفة .

قوله : [أنه ما دفع إلا جياداً] : تصوير لصيغة متعلق يمينه ويحلف فى نقص العدد على البت وفى نقص الوزن والغش على نفى العلم ، إلا أن يتحقق أنها ليست من دراهمه فيحلف على البت فيهما . وقيل : يحلف فى نقص الوزن على البت مطلقاً كنقص العدد واعتمده فى الحاشية .

قوله : [وجاز بيع لسلعة على الصفة] : أى على البت أو الخيار أو السكوت .

قوله : [بل وإن من البائع] : ردّ بالمبالغة على من منع الشراء على اللزوم معتمداً على وصف البائع ، ففى الموازية والعتبية : لا يجوز أن يباع الشىء بوصف بائعه لأنه لا يوثق بوصفه إذ يقصد الزيادة فى الصفة لإنفاق السلعة ، وهو خلاف ما ارتضاه ابن رشد واللخمى من جواز البيع بوصف البائع . نعم لا يجوز النقد فهو

بأن كان غائبًا عن مجلسه (وإنْ) كان(بالبَلَدِ).فلا يشترط لصحة البيع حضورُه .

* (وإلاّ) يكن غائبًا عنه (فَلاَ) يصح بيعه على الصفة ولا (بُدَّ مِنَ الرؤْيَةِ) له لتيسر علم الحقيقة (إلاَّ أنْ يكونَ فى فَتْحِهِ ضَرَرٌ) للمبيع (أو فَسَادٌ له) فيجوز بيعه على الصفة ، ثم إن وجده عليها فالبيع لازم وإلا فللمشترى رده .

* (و) جاز البيع (عَلَى رُؤْيَةٍ) سابقة للمبيع (إن لَمْ يَتَغَيَّرْ بَعْدَهَا عَادَةً) إلى وقت العقد ، وهو يختلف باختلاف الأشياء : من فاكهة وثياب وحيوان وعقار ، فإن كان شأنه التغير لم يجز على البتّ .

* (و) جاز على الخيار (إنْ لَمْ يَبْعُدْ) ما بيع على الصفة أو الرؤية المتقدمة (جِدًّا) .

فإن بعد جدًّا (كخُرَاسانَ) بالمشرق (مِنْ إفريقيَّةَ) بالمغرب مما يظن فيه التغير قبل إدراكه على صفته لم يجز (إلا عَلَى خِيَارٍ بالرُّؤْيَةِ) أى على

شرط فى النقد عندهما لا فى صحة البيع فمتى كان الوصف من البائع منع النقد كان تطوعًا أو بشرط كان المبيع عقاراً أو غيره كما ارتضاه فى الحاشية .

قوله : [بأن كان غائبًا عن مجلسه] : حاصله أن الغائب إذا بيع بالصفة عن اللزوم فلا بد فى جواز بيعه من كونه غائبًا عن مجلس العقد . وأما ما بيع على الصفة بالخيار أو بيع على الخيار بلا وصف أو على رؤية متقدمة بتًّا أو خياراً فلا يشترط فى جواز بيعه غيبة بل يجوز ولو حاضراً فى المجلس وإن لم يكن فى فتحه فساد .

قوله : [فلا يصح بيعه على الصفة] : أى لزومًا .

قوله : [وجاز البيع على رؤية سابقة] : فإن حصل ذلك ، فلما قبضه المشترى ادعى أنه ليس على الصفة التى رآه عليها وادعى البائع أنه عليها ، فالقول قول البائع بيمينه إن حصل شك من أهل المعرفة : هل تلك المدة تغير المبيع أم لا ؟

فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين ،أو بالتغير فللمشترى بلا يمين . وإن رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين .

خيار المشترى عند رؤيته (فيجوزُ مُطْلقًا) سواء بيع على الصفة أو الرؤية المتقدمة بَعُدَ أو لم يبعد (إنْ لم يَنْقُدْ) : أى إن لم يشترط نقد الثمن للبائع . فإن شرط لم يجز لتردده بين السلفية والثمنية .

والحاصل أن فى بيع الغائب اثنتى عشر صورة ؛ لأنه :

إما أن يباع على الصفة ، أو على رؤية متقدمة ، أو بدونهما ، وفى كل : إما أن يباع على البت ، أو على الخيار بالرؤية ، وفى كل : إما أن يكون بعيداً جداً أو لا . فإن كان على الخيار جاز مطلقًا إن لم ينقد ، وإن كان على البت جاز ؛ إلا فيما بيع بدونهما — قرب أو بعد للجهل بالمبيع — أو كان يتغير عادة أو بعيداً جداً ، وأما إن كان حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته إلا أن يكون فى فتحه مشقة أو فساد فيباع بالوصف أو على ما فى البرنامج على ما تقدم .

قوله : [أى إن لم يشترط] إلخ : لا مفهوم له ، بل يمنع النقد ولو تطوعًا لما يأتى له فى باب الخيار فى قوله : ومنع وإن بلا شرط فى كل ما يتأخر قبضه عن مدة الخيار كمواضعة وغائب إلخ .

قوله : [جاز مطلقًا] : أى فى ست صور ، وهى : على الصفة ، أو رؤية متقدمة ، أو بدونهما ، وفى كل : قرُب أو بعُد .

قوله : [وإن كان على البت جاز] : أى فى صورتين ، وهما : الصفة ، والرؤية المتقدمة ولم يبعد جداً فيهما . ومفهومه صورتان وهما : الصفة ،والرؤية المتقدمة مع البعد جداً .

قوله : [إلا فيما بيع بدونهما] إلخ : تحته صورتان ممنوعتان أيضًا ، فالممنوع أربع والجائز ثمان ، وهذا كله بقطع النظر عن النقد وعدمه . وأما إن نظر لهما كانت الصور أربعاً وعشرين علمتَ من حاصل الشارح الاثنتى عشرة التى ليس فيها شرط النقد . وأما الإثنتا عشرة التى فيها شرط النقد فحاصلها أن الست التى فيها الخيار يمنع فيها شرط النقد ، وكذا إذا بيع لا على صفة ولا على رؤية باللزوم قرب أو بعد ؛ فهاتان صورتان . وبقى أربع : وهى المبيع بالصفة أو الرؤية السابقة على اللزوم قرُب أو بعُد ؛ فيجوز بشروط تؤخذ من المصنف والشارح وسنذكرها بعد فليحفظ .

* (وضَمَانُهُ) : أى المبيع غائبًا على الصفة أو برؤية متقدمة (مِنَ المُشْتَرِى) : أى يدخل فى ضمانه بالعقد (إنْ كَانَ عَقَاراً) ولو بيع على المذارعة وقال فى التوضيح : إن بيعت الدار مذارعة فالضمان من البائع بلا إشكال (وأدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ سَالِمًا) .

(وإلاّ) يكن عقاراً أو أدركته الصفقة معيبًا (فَمِنَ البَائِع) الضمان (إلا لِشَرْطٍ فيهما) : أى إلا لشرط من المشترى فى العقار أنه على البائع أو من البائع على المشترى فى غيره فيعمل به .

* (وقَبْضُهُ) : أى المبيع غائبًا؛ أى الخروج له (على المُشْتَرِى) .

* (و) يجوز (النَّقْدُ فيه تَطَوُّعًا) مطلقًا — عقاراً أو غيره —

(كبِشَرْطٍ) : أى كما يجوز النقد فيه بشرط (إنْ كانَ) المبيع الغائب على الصفة أو برؤية متقدمة (عَقَاراً) على اللزوم ولو بعد لا جدًّا ؛ لأن شأنه ألا يسرع إليه التغير ، إلا أن يصفه بائعه فلا يجوز النقدفيه بشرط ، ويجوز تطوعًا .

(أو) كان غير عقار ، و (قَرُبَ كيومٍ ونحوِهِ) يوم ثان لاأكثر لأن الشأن عدم التغير فى اليومين بعد الرؤية أو الوصف .

والله أعلم .

قوله : [ولو بيع على المذارعة] : أى الراجح كما أفاده (ر) ومحل كون الضمان من المشترى إذا لم تحصل منازعة بينه وبين البائع فى أن العقد صادف المبيع هالكاً أو سالمًا ، فإن حصلت منازعة فالقول للمشترى والضمان على البائع ؛ بناء على أن الأصل انتفاء الضمان عن المشترى . وعزاه فى التوضيح لابن القاسم فى المدونة (اهـ . خرشى) .

قوله : [على المشترى] : أى وشرطه على بائعه مع كون ضمانه منه يفسده ؛ لأنه لما شرط عليه المبتاع الإتيان به صار كوكيله فانتفى عنه الضمان ، فشرط الضمان عليه موجب للفساد . وإن كان ضمانه فى إتيانه من مبتاعه فجائز وهو بيع وإجارة ، كذا فى الحاشية .

قوله : [ويجوز النقد فيه تطوعًا] : حاصله أن المبيع الغائب بالصفة على اللزوم يجوز النقد فيه تطوعًا سواء كان عقاراً أو غيره . وإن كان على الخيار مَنَع

. . . .

النقد مطلقاً عقاراً أو غيره ، وهل يشترط فى جواز النقد تطوعاً — إذا بيع على الصفة اللزوم — كون الواصف له غير البائع ؟ لأن وصفه يمنع من جواز النقد ولو تطوعاً ، وهو الذى ارتضاه فى الحاشية كما تقدم . أو لا يشترط ذلك ؟ وهو المأخوذ من كلام (بن) فإنه نازع فى كون وصف البائع من جواز النقد تطوعاً . وأما النقد بشرط فإن كان المبيع عقاراً فيجوز بثلاثة شروط أن يكون على اللزوم والواصف له غير بائعه وأن لا يبعد جداً . وإن كان غير عقار فيجوز بأربعة شروط : أن تقرب غيبته كيومين ، والبيع على اللزوم ، والواصف له غير البائع ، وليس فيه حق توفية . فإن تخلف شرط منها منع شرط النقد .

فصل فى الربا

● (حَرُمَ) كتاباً وسنة وإجماعاً (فى عَيْنٍ وطَعَامٍ : رِبَا فَضْلٍ) : أى زيادة ولو مناجزة .
(إن اتَّحَدَ الْجِنسُ) فيهما : فلا يجوز درهم بدرهمين ولا دينار بدينارين ولا صاع قمح مثلا بصاعين ولو يداً بيد .

فصل :

لما أنهى الكلام على ما هو مقصود بالذات من أركان البيع وشروطه وموانعه العامة شرع فى الكلام على موانع مختصة ببعض أنواعه .

وكتاباً وما بعده منصوب بنزع الخافض فتحريم الكتاب هو قوله تعالى : « وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيعَ وحَرَّمَ الرِّبَا »[1] والسنة قال صلى الله عليه وسلم : « لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده وقال : هم سواء »[2]. وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على حرمته ، وصح رجوع ابن عباس عن إباحة ربا الفضل لعموم التحريم .

قوله : [أى زيادة] : اعترض بأنه يشمل الزيادة فى الصفة مع أن الحرمة خاصة بالزيادة فى العدد أو الوزن . وأجيب : بأن قوله الآتى عاطفاً على ما يجوز وقضاء قرض بمساو وأفضل صفة قصر له على الزيادة فى العدد أو الوزن دون الصفة فإجماله هنا اتكال على ما يأتى .

قوله : [ولو مناجزة] : أى يداً بيد .

قوله : [إن اتحد الجنس] إلخ : أى لقول العلامة الأجهورى :

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥

(٢) عن ابن مسعود : أن النبى صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا ومؤكله وشاهديه وكاتبه . رواه الخمسة وصححه الترمذى ولفظ النسائى فيه : « آكل الربا ومؤكله وشاهديه وكاتبيه إذا علموا ذلك ملعونين على لسان محمد صلى الله عليه وسلم يوم القيامة » وأخرجه مسلم من حديث جابر بلفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا ومؤكله وشاهديه ؛ هم سواء » .

(والطعَامُ رِبَوِيٌّ) الواو للحال : والحال أن الطعام ربوى وسيأتى بيان الربوى والأجناس ؛ فإذا اختلف الجنس أو كان الطعام غير ربوى جازت المفاضلة إن كانت يداً بيد كدينار بقنطارمن فضة وإردب قمح بأرادب من فول مثلا مناجزة .

* (و) حرم فيهما (رِبًا نَسَاء) بفتح النون أى تأخير (مُطْلَقًا) اتحد الجنس أو اختلف ، كان الطعام ربويًّا أم لا. فلا يجوز دفع دينار فى مثله أو فى دراهم لوقت كذا ولاطعام ربوى أو غيره فى طعام آخر لوقت كذا كما سيأتى تفصيله .

ويستثنى من ذلك القرض . إذا علمت ذلك :

● (فيجُوزُ صَرْفُ ذَهَبٍ بفِضَّةٍ) قلَّتْ عن صرف الوقت أو كثرت عند الرضا بذلك (مُنَاجَزَةً) : أى يداً بيد لاختلاف الجنس .

(لا) يجوز (ذَهَبٌ وفِضَّةٌ) من جانب بمثلهما من الجانب الآخر ولو تساويا ؛ كدينار ودرهم بدينار ودرهم (أو أحَدُهُمَا وعَرْضٌ) من جانب

ربا نسا فى النقد حرِّم ومثله طعام وإن جنساهما قد تعددا

وخص ربا فضل بنقد ومثله طعام ربا إن جنس كل توحدا

قوله : [بفتح النون] : أى مهموزاً مع المد وعدمه ، وأما الربا فهو بالقصر لا غير .

قوله : [دفع دينار فى مثله] : مثال لاتحاد الجنس .

وقوله : [أو فى دراهم] : مثال لاختلافه .

قوله : [فى طعام آخر] : أى ربوى أو غيره من جنس المدفوع فيه أو من غير جنسه .

قوله : [ويستثنى من ذلك القرض] : أى فلا يضر فيه التأخير مع أنه متحد الجنس ولا فرق بين الطعام الربوى وغيره بشروطه الآتية .

وقوله : [قلت عن صرف الوقت] : أى فلا فرق بين كون ما تراضيا عليه قدر صرف الوقت أوأقل أو أكثر . والغبن جائز .

قوله : [ولو تساويا] : محل ذلك ما لم تتحقق مساواة الدينار للدينار والدرهم للدرهم ، وإلا جاز . ويكون من قبيل المبادلة لا من قبيل الصرف .

كدينارو ثوب بمثلهما أو درهم وشاة (بمثلهما) .

* اعلم أن قاعدة المذهب سد الذرائع ؛ فالفضل المتوهم كالمحقق؛ فتوهم الربا كتحققه . فلا يجوز أن يكون مع أحد النقدين أو مع كل واحد منهما غير نوعه أو سلعة ؛ لأن ذلك يوهم القصد إلى التفاضل كما قاله ابن شاس . إذ ربما كان أحد الثوبين أقل قيمة من الدينار الآخر أو أكثر فتأتى المفاضلة .

* (و) لا يجوز صرفٌ (مُؤَخَّرٌ) لما فيه من ربا النساء (ولوْ) كان التأخير (غَلَبَةً) : كأن يحول بينهما عدو أو سيل أو نار أو نحو ذلك .

(أو قَرُبَ) التأخير (مع فُرْقَةٍ) فى المجلس قبل القبض لقول سند: إذا تصارفا فى مجلس وتقابضا فى مجلس آخر فالمشهور المنع على الإطلاق . وقيل : يجوز فيما قرب (اهـ) . وأما دخول الصيرفى حانوته ليخرج منه الدراهم أو مشى قدر حانوت أو حانوتين لتقليب الدراهم فقيل بالكراهة وقيل بالجواز .

* (أو عَقَدَ ووَكَّلَ) غيره (فى القَبْضِ) فيمنع (إلا بِحَضْرَةِ مُوَكِّلِهِ) .

قوله : [إذ ربما كان أحد الثوبين] إلخ : حاصله أن ما صاحب أحد النقدين من العرض يقدر من جنس النقد المصاحب له فيأتى الشك فى التماثل والمنع فى هذه مطلق ولو تحقق تماثل الدينارين وتماثل قيمة العرضين . واعلم أن مالكًا منع الصورتين وأبو حنيفة أجازهما وفرق الشافعى بينهما فأجاز الأولى ومنع الثانية وتسمى عند الشافعية بمسألة درهم ومُدّ عجوة .

قوله : [ولو كان التأخير غلبة] : أى طال أم لا . وكره مالك للصراف أن يدخل الدينار تابوته قبل تمام الصرف .

قوله : [وقيل يجوز فيما قرب] : أى وهو مذهب العتبية ، فإنه قال فيها: يجوز التأخير القليل مع تفرق الأبدان اختياراً .

قوله : [إلا بحضرة موكله] : أى ولا فرق بين أن يوكل أجنبياً أو شريكه ، وهذا هو الراجح . وفى سماع أصبغ : يجوز أن يقبض إذا كان الوكيل شريكًا ولو فى غيبة الموكل . والحاصل أن المسألة ذات أقوال أربعة ؛ قيل : إن التوكيل على القبض لا يضر مطلقًا كان الوكيل شريكًا أو أجنبياً قبض فى حضرة موكله أو غيبته ،

(أو غَابَ نَقْدُ أحدِهما وطَالَ) بلا تفرق في المجلس فيمنع ويفسد الصرف .

(أو) غاب (نَقْدَاهُمَا) معاً عن مجلس العقد ولو لم يطل لأنه مظنة الطول. ومعناه كما قال في المدونة : أن تعقد الصرف مع غيرك وليس معكما شيء ، ثم تقترض الدينار من رجل بجانبك وهو يقترض الدراهم من رجل بجانبه فدفعت له الدينار ودفع لك الدراهم ؛ فلا خير فيه ولو لم يحصل طول. ولو كانت الدراهم معه واقترضت أنت الدينار فإن كان أمراً قريباً كحل الصرة ولم تقم ولم تبعث له فذلك جائز (اهـ) . ومعنى قولها : لا خير فيه . أنه حرام ؛ لأنهما دخلا على الفساد والغرر ، قاله أبو الحسن .

(أو) وقع الصرف (بِدَيْنٍ) من الجانبين ؛ كأن يكون لك على شخص دراهم وله عليك دنانير فتسقط الدراهم في الدنانير فيمتنع (إنْ تَأَجَّلَ) الدين من كلٍّ بل (وإن) تأجل (من أحَدِهِمَا) . لأن من عجل المؤجل عدّ مسلفاً فإذا جاء الأجل اقتضى من نفسه لنفسه . فكأن القبض إنما وقع عند الأجل وعقد الصرف

وقيل : يضر مطلقاً ، وقيل : إن كان شريكاً فلا يضر ولو قبض في غيبة موكله وإن كان أجنبياً ضر إن قبض في غيبة موكله ، وقيل : إن قبض بحضرة موكله فلا يضر مطلقاً وإن قبض في غيبته ضر مطلقاً . وهذا هو الراجح كما في الحاشية .

قوله : [فيمنع ويفسد الصرف] : أي على المشهور خلافاً لمن قال بالصحة .

قوله : [ومعناه كما قال في المدونة] إلخ : مسألة المدونة هذه تسمى الصرف على الذمة كما في (شب) . وأما الصرف في الذمة فهي في الديون المتقدمة على عقد الصرف التي أشار لها بقوله : أو وقع الصرف بدين من الجانبين إلخ .

قوله : [اقتضى من نفسه لنفسه] : أي قبض وأخذ من نفسه ما أسلفه فكأنّ الذي له الدينار يأخذه من نفسه إذا حل الأجل والذي له الدراهم يأخذها من نفسه لنفسه في نظير الدينار الذي تركه لصاحبه . وحاصله أن الذي في ذمته الدينار حين تصارف فقد عجل الدينار الذي في ذمته فسلفه لصاحبه إلى أن يأتي الأجل يصرفه بالدراهم التي في ذمته فظهر كونه صرفاً مؤخراً وكذا يقال في الجانب الآخر .

قد تقدم ، فلو حلا معاً جاز .

(أو) وقع الصرف (لرَهنٍ) عند المرتهن (أو وَدِيعَةٍ) عند المودَع بالفتح .

(أو) وقع الحلى (مُسْتَأْجِرٍ أو عَارِيَةٍ غَائِبٍ) كل من الرهن وما بعده عن مجلس الصرف ، فيمنع . فإن حضر فى مجلسه جاز فى الجميع .

(كمَصُوغٍ) : أى كما يمتنع صرف مصوغ من ذهب أو فضة (غُصِبَ) وغاب عن مجلس الصرف . وأما المسكوك ونحوه مما لا يعرف بعينه كالتبر فيجوز صرفه ولو غائباً لتعلقه بالذمة كالدين الحال كما سينبه عليه قريباً (إلاَّ أنْ يَذْهَبَ) المصوغ : أى يتلف أو يعدم عند غاصبه (فيَضْمَنَ) بسبب ذلك (قيمَتَهُ) :

قوله : [فلو حلا معاً جاز] : لا يقال : هذا مقاصة لا صرف ، لأنه يقال : قد تقرر أن المقاصة إنما تكون فى الدينين المتحدى الصنف فلا تكون فى دينين من نوعين ذهب وفضة ولا صنفى نوع كالبندقى والمحبوب .

قوله : [فيمنع] : أى ولو شرط الضمان على المرتهن والمودَع بالفتح بمجرد العقد ، خ فنًا للخمى القائل بالجواز إذا شرط الضمان على المرتهن والمودع وقت عقد الرهن أو الوديعة ولو قامت على هلاكها بينة ؛ لأنه لما دخل على الضمان المرتهن أو المودع صار كأنه حاضر فى مجلس الصرف ومنع صرف الرهن والوديعة والمستأجر والمعار حيث كان غائباً عن مجلس العقد ولو كان المصارف عليه مسكوكاً على المشهور . خلافاً لمحمد القائل بجواز صرف المرهون المسكوك الغائب عن المجلس إما لحصول المناجزة بالقبول أو للالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة فأشبه المغصوب إذ هو على الضمان إن لم تقم بينة (ا هـ) .

قوله : [كمصوغ] إلخ : حاصله أن المصوغ إذا هلك فى حال غصبه يلزم فيه القيمة لدخول الصياغة فيه وقبل هلاكه يجب على الغاصب رده بعينه ، فلذلك منع صرفه فى غيبته لاحتمال أنه هلك ولزمته القيمة وما يدفعه فى صرفه قد يكون أقل من القيمة أو أكثر فيؤدى إلى التفاضل بين العينين . وأما غير المصوغ فبمجرد غصبه ترتب فى ذمته مثله ولا يدخل فى صرفه فى غيبته احتمال التفاضل .

قوله : [ولا يجوز تصديق فيه] : معطوف على جملة وحرم فى عين إلخ : كأنه قال : حرم فى عين وحرم الصرف ملتبساً بتصديق فيه .

أى يترتب عليه ضمان القيمة، لأنه بالصنعة صانع من المقومات (فيَجُوزُ) الصرف لما فى الذمة كالدين الحال، فإذا قوم بدينار جاز أن يدفع عنه دراهم وعكسه بشرط التعجيل عند العقد.

(كالمَسْكُوكِ) إذا غصب ولو غاب عليه فيجوز صرفه بشرط التعجيل.

* (ولا) يجوز (تَصْدِيقٌ فيه): أى فى الصرف لا فى عدده ولا وزنه ولا جودته، بل يجب العدّ والوزن والنقد وإن كان الدافع لك مشهوراً بالأمانة والصدق إذ ربما كان ناقصًا عدداً أو وزنًا؛ أو زائفًا؛ فيرجع به فيؤدى إلى الصرف المؤخر *

* ثم شبه فى منع التصديق فروعًا أربعة فقال:

(كمُبَادَلةٍ فى نَقْدٍ): أى ذهب أو فضة؛ كأن تبدل ديناراً بمثله أو درهما بمثله.

(أو طَعَامٍ): ولو اختلف الجنس؛ كأن تبدل صاعًا من قمح بمثله أو بفول فلا يجوز التصديق فيه، ولا بد من معرفة العدد وقدر الكيل أو الوزن فيما يوزن منه.

(وقَرْضٍ) لا يجوز التصديق فيه: من اقترض نقدًا أو طعامًا أو غيرهما لا يجوز له أن يصدّق المقترض[1] فيما أخذه منه؛ لاحتمال وجود نقص أو رداءة فيتغاضى عنه آخذه لحاجته وفى نظير المعروف.

قوله: [فيؤدى إلى الصرف المؤخر]: أى حيث رجع به ولم يغتفره. وإن اشترط عليه عدم الرجوع عند العقد لزم أكل أموال الناس بالباطل.

قوله: [فلا يجوز التصديق فيه]: أى فيما ذكر من النقد والطعام لئلا يوجد نقص فيدخل التفاضل إن شرط عدم الرجوع بالنقص أو التأخير إن شرط الرجوع به بعد الاطلاع عليه. وحرمة التصديق فى هذه المسألة هو أحد قولين فيها، والآخر جواز التصديق فيها قال (بن): ولا ترجيح لأحدهما على الآخر.

قوله: [وقرض]: معطوف على مبادلة وهو الفرع الثانى من الفروع الأربعة.

قوله: [فيتغاضى عنه]: بالغين والضاد المعجمتين: أى يتغافل ويتساهل.

---

(١) نقول: حقها أن تكون المقرض.

(وَمبيعٍ لأجَلٍ) من طعام أو غيره؛ لا يجوز التصديق فيه لجواز وجود نقص فيغتفر لأجل التأخير أو الحاجة فيؤدى لأكل أموال الناس بالباطل .

(ومُعَجَّلٍ) من الديون (قَبْلَ أجَلِه): لا يجوز فيه التصديق؛ لأن ماعجل قبل أجله سلف فيحتمل أن يكون ناقصاً فيغتفر للتعجيل فيكون سلفاً جر نفعاً .

● (و) لا يجوز (صرفٌ مَعَ بَيْعٍ) : أى اجتماعهما فى عقد واحد ، كأن يشترى ثوباً بدينار على أن يدفع فيه دينارين ويأخذ صرف دينار دراهم ، لتنافى أحكامهما ؛ لجواز الأجل والخيار فى البيع دون الصرف . وكذا لا يجوز اجتماع البيع أو الصرف مع جُعل أو مساقاة أو شركة أو نكاح أو قراض، ولا اجتماع اثنين منها فى عقد . ونظمها بعضهم بقوله :

قوله : [لأن ما عجل قبل أجله سلف] : قال الخرشى : الذى يفيده كلام الغريانى فى حاشيته على المدونة أن الحكم فى التصديق إذا وقع فى القرض الفسخ على ظاهر المدونة وفى البيع لأجل عدم الفسخ على ظاهرها ، كما قال عبد الحق إنه الأشبه بظاهرها . ورأس مال السلم كالمبيع لأجل فى جريان الخلاف وأن المعجل قبل أجله يردّ ويبقى حتى يأتى الأجل . وأما الصرف فيرد وكذا مبادلة الربويين كما قال ابن يونس ، وقال ابن رشد بعدم فسخهما .

قوله : [ولا يجوز صرف مع بيع] : أى خلافاً لأشهب حيث قال بجواز جمعهما نظراً إلى أن العقد احتوى على أمرين كل منهما جائز على انفراده وأنكر أن يكون مالك حرمه ، قال : وإنما الذى حرمه الذهب بالذهب مع كل منهما سلعة والورق بالورق مع كل منهما سلعة — ابن رشد . وقول أشهب أظهر من جهة النظر وإن كان خلاف المشهور .

قوله : [لتنافى أحكامهما] : أى وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات .

قوله : [ولا اجتماع اثنين منها] : حاصله أن الصور العقلية تسع وأربعون من ضرب سبعة فى مثلها المكرر منها ثمان وعشرون والباقى إحدى وعشرون لأنك تأخذ كل واحد مع ما بعده تبلغ ذلك العدد فليفهم .

قوله : [ونظمها بعضهم] : المراد به (بن) نظمها على هذا الوجه وإلا

عقود منعنا اثنين منها بعقدة لكون معانيها معاً تتفرق .
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض ثم بيع محقق .
ولك أن تزيد عليهما :
فهذه عقود سبعة قد علمتها ويجمعها فى الرمز : «جبص مشنق »

* واستثنوا من ذلك صورتين للضرورة : أشار لهما بقوله :

(إلا) أن يكونا (بدِينَارٍ) : كأن يشترى سلعة بدينار إلا خمسة دراهم فيدفع الدينار ويأخذ خمسة دراهم مع السلعة .

* (أو يَجْتَمِعَا) : أى الصرف والبيع (فيه) : أى فى دينار بأن يأخذ من الدراهم أقل من صرف دينار ؛ كأن يشترى سلعة أو أكثر بعشرة دنانير ونصف دينار فيدفع أحد عشر ديناراً ويأخذ صرف نصف دينار .

ولا بد من تعجيل السلعة والصرف فى الصورتين على الراجح ؛ لأن السلعة صارت كالنقد ، وإليه أشار بقوله :

فبعضهم نظمها بوجه آخر .

قوله : [ولك أن تزيد عليهما] : الظاهر أن البيت الأخير من كلام الشارح رضى الله عنه .

قوله : [واستثنوا] : أى أهل المذهب .

قوله : [إلا أن يكونا بدينار] : وهو معنى قول خليل : إلا أن يكون الجميع ديناراً .

قوله : [إلا خمسة دراهم] : أى مثلا والمدار على كون الدراهم والسلعة قدر الدينار .

قوله : [ويأخذ صرف نصف دينار] : أى فالعشرة دنانير وقعت فى بيع ليس إلا ، والحادى عشر بعضه فى مقابلة بعض السلعة والبعض الآخر فى مقابلة الصرف فقد اجتمع البيع والصرف فى الدينار الحادى عشر .

قوله : [لأن السلعة صارت كالنقد] : أى لأنها لما صاحبت الدراهم صارت كأنها من جملة الدراهم المدفوعة فى مقابلة الدينار فى الصورة الأولى : أو الدنانير فى الصورة الثانية خلافاً للسيورى حيث أجاز تأخير السلعة وأوجب تعجيل الصرف

* (وتَعَجَّلَ الجميعُ) : أى الثمن من المشترى والسلعة مع الدراهم من البائع وهو عطف على يجتمعا .

* (ولا) يجوز (إعْطَاءُ صَائِغٍ الزِّنَةَ والأجْرَةَ) صادق بصورتين :

الأولى : أن يأخذ من الصائغ سبيكة بوزنها دراهم مسكوكة ويدفع له السبيكة ليصوغها له ويدفع له أجرة الصياغة .

الثانية : أن يأخذ منه مصوغاً أو مسكوكاً بوزنه من جنسه وزيادة الأجرة .

والأولى تمتنع وإن لم يزده أجرة للتأخير .

والثانية تمتنع إن زاده الأجرة للمفاضلة ، وإلا جاز بشرط المناجزة . فلو وقع

إبقاء الكل على حكمه الأصلى .

● **تنبيه** : من فروع المسألة من باع سلعة بدينار إلا درهمين فدون ، فيجوز إن تعجل الجميع الدينار والدرهمان والسلعة أو عجلت السلعة فقط وأجل الدينار والدرهمان لأجل واحد ، لأن تعجيل السلعة دون النقد دل على أن الصرف ليس مقصوداً ليسارة الدرهمين بخلاف تأجيل الجميع أو السلعة فيمنع ،لأنه بيع وصرف تأخر عوضاه أو بعضهما وهو السلعة . وتأجيل بعضها كتأجيل كلها إلا بقدر خياطتها أو بعث من يأخذها وهى معينة فيجوز فإن زاد المستثنى عن درهمين لم تجز المسألة إلا بتعجيل الجميع كما تقدم ، ويجوز أيضاً أن تشترى عشرة أثواب مثلا كل ثوب بدينار إلا درهمين وصرف الدينار عشرون درهماً ووقع البيع على شرط المقاصة بأن كل ما اجتمع من الدراهم قدر صرف دينار أسقط له ديناراً ، فإن لم يفضل شىء من الدراهم بعد المقاصة ــ كما فى المثال لأنه يعطيه تسعة دنانير ويسقط العاشر فى نظير العشرين درهماً ــ فالجواز ظاهر . وإن فضل بعد المقاصة درهم أو درهمان جاز أن يعجل الجميع أو السلعة وإن فضل أكثر من درهمين ولم يبلغ ديناراً جاز أن يعجل الجميع كذا فى الأصل .

قوله : [للتأخير] : أى لما فيها من ربا النساء .

قوله : [للمفاضلة] : أى لدخول ربا الفضل فيها لأن الأجرة زيادة من المشترى .

الشراء بنقد مخالف جنساً ــ كذهب وفضة ــ امتنعت الأولى للتأخير وجازت الثانية بشرط المناجزة .

(كزيتون ونحوه) : أى كمنع إعطاء زيتون ونحوه ــ كسمسم وحنطة ــ (لمُعْصِرِهِ) أو لمن يطحن نحو الحنطة (على أنْ يأخذَ قَدْرَ ما يخرجُ منه تَحَرِّيًا) للشك فى المماثلة ، وسواء دفع أجرة أم لا . وكذا دفعه على أن يخلطه على شىء عنده ثم يقسمه بعد عصره على حسب ما لكل .

(بخلافِ كَتِبْرٍ) : أى تبر ونحوه كسبيكة ومسكوك لا يروج فى محل الحاجة . وعبر فى العتبية بالمال ، وعبر غيره بالذهب والفضة (يعطيه مسافرٌ) يعطى (أجرَتَه لدارِ) : أى لأهل دار (الضَّرْبِ) السلطانى (ليأخذ زِنَتَهُ) مسكوكًا ، فيجوز مناجزةً للضرورة على الأرجح .

(وبخلافِ) إعطاء (درهمٍ بنصفٍ) : أى فى نظير نصف درهم ؛ أى

قوله : [وجازت الثانية بشرط المناجزة] : أى لاختلاف الجنس وحصول المناجزة . ومعلوم أنه لا يقال فيه إعطاء زنته لأن غاية ما فيه صرف والصرف يجوز بالقليل والكثير بشرط المناجزة .

قوله : [كسمسم وحنطة] : أدخلت الكاف : حب الفجل الأحمر وأما بزر الكتان فيجوز لأنه ليس بطعام كما فى الحاشية وسيأتى التحقيق أنه ربوى .

قوله : [للشك فى المماثلة] : أى فحرمته لربا الفضل وللنسيئة فى الطعام وهى التأخير مدة العصر أو الطحن فإن كان يرفيه من زيت حاضر عنده عاجلا منع لربا الفضل .

قوله : [وكذا دفعه] إلخ : أى وأما عصر شيئه على حدته بأجرة أو بغيرها فجائز .

قوله : [يعطيه مسافر] : أى محتاج . وأما غير المحتاج فيمنع اتفاقًا كما أن غير المسافر يمنع كذلك . ولا مفهوم لدار الضرب ، بل لو أعطاه لأحد من الناس غير أهل دار الضرب ، فالظاهر الجواز . فذكر دار الضرب لمجرد التمثيل لما هو الشأن كما فى الحاشية .

قوله : [وبخلاف إعطاء درهم بنصف] : حاصله أن شروط الجواز ثمانية :

ما يروج رواج النصف وإن زاد وزنًا أو نقص عن النصف (فدُونَ) .

(وفُلوسٍ أو غيرها) : أى غير الفلوس من طعام أو غيره فيجوز (فى بيعٍ أو كِراءٍ بعدَ العَمَلِ) : أى استيفاء المنفعة (وسُكَّا) : أى كان كل من الدرهم والنصف مسكوكاً (وتُعُومِلَ بهما) معاً ، وإن كان أحدهما أروج فى التعامل لا إن كانا أو أحدهما غير مسكوك أو لم يتعامل به (وعُرِفَ الوَزْنُ): أى كون هذا كاملا وهذا يروج رواج النصف — وإن أقل وزنًا أو أنقص كما تقدم — وإلا لكان من بيع الفضة بالفضة جزافًا ولا شك فى منعه، قاله القباب (وعُجِلَ الجميعُ) : أى الدرهم والنصف وما معه لئلا يلزم البدل المؤخر . وهذه المسألة وما قبلها اقتضت الحاجة جوازهما ، فهل تجوِّز الحاجة ما يقع عندنا بمصر من صرف الريال بدراهم فضة عددية — وإلا لضاق على الناس معاشهم — قياسًا على هذه المسألة ؟ كان بعضهم يجوّزه فى تقريره إذ الضرورات تبيح المحظورات .

• (وإنْ وَجَدَ) أحدهما (عَيْبًا) فى دراهمه أو دنانيره (مِنْ نقصٍ أو

كون المدفوع درهماً والمردود نصفه فى بيع أو كراء بعد العمل وسكا واتحدا وعرف الوزن ، وعجل الجميع ، وعومل بكل .

قوله : [كأن بعضهم يجوزه فى تقريره] : قال فى حاشية الأصل نقلا عن شيخه العدوى والشارح : أجاز بعضهم ذلك فى الريال الواحد أو نصفه أو ربعه للضرورة . كما أجيز صرف الريال الواحد بالفضة العددية ، وكذا نصفه وربعه للضرورة وإن كانت القواعد تقتضى المنع (ا هـ) . وعند الشافعية يتخلصون بالهبة فى إبدال الريالات بالفضة العددية وهى فسحة .

• تنبيه : يلزم رد الزيادة التى زادها أحد المتصارفين على أصل الصرف بعد العقد ، بأن لقى أحدهما صاحبه فقال له : استرخصت منى الدينار فزدنى ، فزاده شيئًا . فإنه إذا رد الصرف لعيب تردّ تلك الزيادة تبعاً له لا ترد لعيب بها . وهل عدم ردها لعيبها مطلقًا عينها أم لا أوجبها أم لا ؟ وهو ظاهر المدونة وهو المذهب ، خلافاً لما فى الموازية . وفهم من قولنا : بعد العقد أنها لو كانت فى العقد لردت لعيبه ولعيبها اتفاقًا .

قوله : [وإن وجد أحدهما عيبًا] إلخ : حاصله أن العيب الذى اطلع عليه أحد

غشٌ أو) وجد غير فضة ولا ذهب (كرَصَاصٍ) ونحاس ؛ (فإن كان بالحَضْرَةِ) : أى حضرة الصرف من غير مفارقة ولا طول (جَازَ له الرِّضَا) بما وجده مما ذكر وصح الصرف (وله) عدم الرضا و (طَلَبُ الإتمامِ) فى الناقص عدداً أووزناً (أو البَدَلِ) فى الغش والرصاص ونحوه، (فيُجْبَرُ عليه من أبَاهُ إن لم تُعَيَّنْ) الدنانير والدراهم من الجانبين، بأن لم يعينا أو أحدهما ، فإن عينت من الجانبين كهذا الدينار فى هذه الدراهم فلا جبر .

(وإنْ كانَ بعدَ مفَارَقةٍ أو طُولٍ) فى المجلس (فإنْ رَضِيَ) واجد العيب (بغَيْرِ النَّقْصِ) وهو الغش ونحو الرصاص (صَحَّ) الصرف لجواز البيع به من غير صرف .

المتصارفين بعد العقد إما نقص عدد أو وزن أو رصاص أو نحاس خالصين أو مغشوشين بأن كان فضة مخلوطة بنحاس مثلا . فإن اطلع على ذلك الآخذ بحضرة العقد من غير مفارقة أبدان ولا طول ورضى بذلك مجاناً ، صح العقد . وكذا إن لم يرض ورضى الدافع بإبدالها فإن العقد يصح فى الجميع مطلقاً عينت الدراهم والدنانير أم لا . ويجبر على إتمام العقد من أباه منهما إن لم تعين الدراهم والدنانير من الجانبين فإن عينت فلا جبر .

قوله : [وإن كان بعد مفارقة أو طول] : إلخ : حاصله أنه إذا اطلع على ما ذكر من نقص الوزن أو العدد أو الرصاص أو النحاس أو المغشوش بعد مفارقة الأبدان وإن لم يحصل طول أو بعد طول وإن لم تحصل مفارقة . فإن رضى آخذ المعيب مجاناً صح الصرف فى الجميع ، إلا فى نقص العدد فليس له الرضا به مجاناً على المشهور . ولا بد من نقض الصرف فيه سواء قام بحقه فيه وطلب البدل أو رضى مجاناً . وألحق اللخمى به نقص الوزن فيما إذا كان التعامل بها وزناً ؛ فلذلك قال الشارح : أى نقص العدد أو الوزن ويقيد بما إذا كان التعامل بها وزناً فقط أو وزناً وعدداً .

قوله : [صح الصرف] : أى ولا يجوز التراضى على البدل إلا فى المغشوش المعين من الجهتين كذا الدينار بهذه العشرة دراهم ففيه طريقتان : الأولى : إجازة البدل ولا ينتقض الصرف ، لأنهما لم يفترقا وفى ذمة أحدهما للآخر شيء ولم يزل

(وإلا) يرض به (نَقَضَ) الصرف وأخذ كل منهما ما خرج من يده .

(كالنَقْص) : أى نقص العدد أو الوزن فإنه ينقض بعد الطول مطلقاً رضى به واجده أو لم يرض .

(وحيث نَقَضَ) : أى متى قلنا بالنقض وكانت الدنانير متعددة ، فلا يخلو إما أن يكون فيها أكبر وأصغر ، أو أعلى وأدنى ، أو متساوية .

فإن كان فيها أصغر وأكبر (فأصغرُ دينارٍ) يتعلق به النقض دون الجميع (إلا أن يتعداهُ النقْصُ) : أى يتعدى الأصغر ولو بدرهم (فالأكبرُ) هو الذى ينقض دون الأصغر .

(فإن تساوَتْ) فى الصغر أو الكبر والجودة والرداءة (فواحدٌ) منها ينقض ما لم يزد عليه موجب النقض فآخر .

(لا الجميع– ولو لم يُسَمِّ لكلِ دينارٍ) منها (عَدَدٌ) نائب فاعل يسم .

(إلا إذا كان فيها أعلَى وأدْنَى) فيفسخ الجميع على الأرجح . وقيل : الأعلى فقط . وقيل : إذا لم يسم لكل دينار عدد نقض الجميع ولو تساوت . والراجح

المعين مقبوضاً لوقت البدل ، فلم يلزم على البدل صرف مؤخر ، بخلاف غير المعين فيفترقان وذمة أحدهما مشغولة لصاحبه ففى البدل صرف مؤخر . والطريقة الثانية : أن المغشوش المعين فيه قولان : المشهور منهما نقض الصرف وعدم إجازة البدل .

قوله : [فإنه ينقض بعد الطول مطلقاً] : والفرق بين النقص وغيره حيث قلتم إن النقص يوجب نقض الصرف عند الطول مطلقاً وغيره إن رضى به مجاناً فلا ينقض أن الناقص لم يقبض لا حساً ولا معنى بخلاف غيره فقد قبض حساً .

قوله : [وحيث نقض] : أى جبراً أو بغير جبر .

قوله : [فالأكبر هو الذى ينقض] : أى ولا ينقض الأصغر وقطعة من الأكبر فى نظير ما زاد على الأصغر لأن الدنانير المضروبة لا يجوز كسرها لهذا المعنى ، لأنه من الفساد فى الأرض .

قوله : [فآخر] : أى فينقض الآخر وإن لم يستغرق المعيب جميعه ويرد تمامه من السليم لأجل النقض ولا يكسره كما علمت .

ما ذكرناه من أنه فى التساوى ينقض واحد مطلقاً – سمى أم لا – وفى الاختلاف بالجودة والرداءة ينقض الجميع .

* (وشرط) صحة (البدل) : أى بدل المعيب المتقدم ذكره من مغشوش أو نحو رصاص ، حيث أجيز أو تعين كما تقدم :

* (تعجيل) لئلا يلزم ربا النساء .

* (ونوعية) فلا يجوز أخذ ذهب عن دراهم زياف ولا فضة عن ذهب ، لأنه يئول إلى أخذ ذهب وفضة عن ذهب ولا أخذ عرض عنه ، إلا أن يكون يسيراً يجوز اجتماعه فى الصرف والبيع بأن يجتمعا فى دينار .

* ولما فرغ من الكلام على ما إذا وجد معيباً ، شرع فى الكلام على ما إذا استحق أحد النقدين فقال :

* (وإن استحق) من أحد المتصارفين (غير مصوغ) – سواء كان مسكوكاً أم لا – (بعد مفارقة أو طول ولو) كان ما استحق (غير معين) للصرف – فلا مفهوم لقوله : « معين سك » – (أو) استحق (مصوغ مطلقاً) حصل طول أو مفارقة أم لا – لأن المصوغ يراد لعينه فلا يقوم غيره مقامه – (نقض) الصرف فيما استحق ، لا الجميع على ما تقدم .

(وإلا) بأن استحق غير المصوغ بالحضرة (صح) الصرف (فيلزم) الدافع

قوله : [عن ذهب] : أى لأن الفضة المصاحبة للذهب تقدر ذهباً فيأتى الشك فى تماثل الذهبين .

وقوله : [ولا أخذ عرض عنه] : ليست العلة فى منع العرض جهة التفاضل ، وإنما العلة فى منعه اجتماع البيع والصرف كما أفاده الشارح بقوله : « إلا أن يكون يسيراً » إلخ . والحاصل أن قول المصنف : وشرط البدل تعجيل ونوعية معناه : يشترط أن يكون من نوع المبدل منه لا من غيره من عين أو عرض فإن كان عيناً منع للتفاضل المعنوى وإن كان عرضاً منع للبيع والصرف . إلا إن كانت قيمة العرض يسيرة بحيث تجتمع مع الدراهم فى دينار وإلا فلا منع .

قوله : [وإن استحق من أحد المتصارفين غير مصوغ] : حاصل فقه المسألة أن الصرف إذا وقع بمسكوكين أو بمسكوك ومصوغ فاستحق المسكوك والمراد به ما عدا المصوغ فيشمل التبر والمكسور بعد مفارقة أحدهما المجلس أو بعد الطول ، فإن عقد الصرف ينقض سواء كان المستحق معيناً حال العقد أم لا على المشهور . وإن كان المستحق مصوغاً نقض عقد الصرف كان استحقاقه بحضرة العقد أو بعد طول معيناً أم لا : لأن المصوغ يراد لعينه وغيره لا يقوم مقامه وإن كان المستحق

له (تعجيلُ البَدَلِ) وإلا نقض .

(وللمستحِقِّ إجازةُ الصَّرْفِ) فيما استحقه (فيأخذُ) من المصطرف (مُقَابِلَهُ) ولو فى الحالة التى ينقض فيها ، وذلك فى المصوغ مطلقاً . وفى غيره بعد المفارقة أو الطول . فإن استحق ديناراً أخذ مقابله درهم من دافعها أولاً ثم يرجع المستحق من يده على الذى أخذها أولاً (إن لم يُخْبَر المُصْطَرِفُ)المراد به : من استحق من يده ما أخذه من صاحبه (بالتعدّى) فإن أخبره شخص بذلك — وكذا إن علم بالتعدى — لم يجز له إجازة الصرف .

• (وجازَ مُحَلًّى بأحدِ النَّقْدَيْنِ) تنازعه كل من بيع المقدر ومحلى : أى وجاز أن يباع بأحد النقدين ما حُلِّيَ بأحدهما ، وسيأتى المحلى بهما معاً — (إنْ) كان المحلى بأحدهما (ثوْبًا) — فأولى سيفاً ومصحفاً (إذا كان يَخْرُجُ منه شيءٌ بالسَّبْكِ) بالنار ، (وإلا) يخرج منه شىء إذا سبك (فكالعَدَمِ) فجواز بيعه ظاهر بلا شَرط .

غير مصوغ بحضرة العقد صح عقد الصرف سواء كان معيناً أم لا إلا أنّ غير المعين يجبر فيه على البدل من أراد نقض الصرف لمن أراد إتمامه بدفع البدل . وأما المعين فقيل إن صحة العقد فيه مقيدة بما إذا تراضيا على البدل فن أبى لا يجبر وقيل غير مقيدة .

قوله : [وإلا نقض] : أى وإن لم يحصل تعجيل وجب نقض الصرف وإبطاله لما يلزم عليه من النسيئة .

قوله : [وللمستحق إجازة الصرف] : أى وله نقضه وهذا قول ابن القاسم ، وهو المشهور بناء على أن هذا الخيار جرّ إليه الحكم فليس كالخيار الشرطى .

قوله : [لم يجز له إجازة الصرف] : أى لأنه كالصرف على الخيار الشرطى وهو ممنوع ، وذلك لأنه لما أخبر بتعدى من صارفه كان داخلا على عدم إتمام الصرف فهو مجوّز لتمامه وعدم تمامه كالصرف على خيار .

قوله : [إذا كان يخرج منه شىء] إلخ : حاصل فقه المسألة أن المحلى بأحد النقدين إن كان لا يخرج منه شىء إذا سبك فإنه يجوز بيعه بالعرض وبالنقد ؛ سواء كان من صنف ما حلى به أو من غيره — كان الثمن حالاً أو مؤجلا . وإن كان

* ويشترط لجواز بيع المحلى الذى يخرج منه شىء بالسبك شروط ثلاثة أشار لأولها بقوله :

(إن أبيحت) الحلية لا إن حرمت ؛ كسكين وثوب رجل ,كعمامة مقصبة ودواة ، فلا يجوز بيعه بأحدهما بل بالعروض. إلا أن يكون الثمن من غير الحلية ويجتمعا فى دينار كما تقدم فى الصرف . وأشار لثانيها بقوله :

(وسمرت) الحلية فى المباع [1] بحيث يلزم على خلعها منه فساد. ولثالثها بقوله :

(وعجل) المعقود عليه من ثمن ومثمن. فإن أجلا أو أحدهما منع بالنقدين وجاز بالعروض. وإذا وجدت الشروط جاز البيع بغير صنفه (مطلقاً) كانت الحلية تبعاً للجواهر أم لا .

(و) إذا بيع (بصنفه) زيد شرط رابع أفاده بقوله :

(إن كانت) الحلية تبلغ (الثلث) فدون .

* (وإن حلى) المباع (بهما) معاً (جاز) بيعه (بأحدهما إن تبعا الجوهر) أى

يخرج منه شىء إذا سبك ، فإن بيع بعرض جاز بلا شرط من تلك الشروط الثلاثة حالاً أو مؤجلا . وإن بيع بنقد فإن كان مخالفاً لصنف ما حلى به اشترط فى صحة البيع الإباحة وتعجيل الثمن والمثمن والتسمين وإن كان بصنف ما حلى به ، زيد رابع وهو كون الحلية تبعاً للمحلى بأن كانت الثلث فدون .

قوله : [إن أبيحت] : لما كان الأصل فى بيع المحلى المنع لأن فى بيعه بصنفه بيع ذهب وعرض بذهب أو بيع فضة وعرض بفضة وبغير صنفه بيع وصرف فى أكثر من دينار وكل منهما ممنوع ، لكن رخص فيه للضرورة كما ذكره أبو الحسن عن عياض وشرطوا لجواز بيعه هذه الشروط فما كان ليس بمباح فليس من محل الرخصة فلذا لا يباع بالنقد إلا على حكم البيع والصرف .

قوله : [وسمرت] : مراده ما يشمل المخيطة أو المنسوجة أو المطرزة فليس المراد خصوص التسمير .

قوله : [بأحدهما] : أى وأما بيعه بهما فلا يجوز على ما تقتضيه قواعد المذهب لأنه بيع ذهب بذهب وبيع فضة بفضة وذهب .

قوله : [إن تبعا الجوهر] : وهل تعتبر التبعية بالقيمة أى ينظر إلى كون قيمتها

---

(١) قال أستاذنا الشيخ محمد محيى الدين عبد الحميد : حق العربية أن يقال « المبيع » .

المباع الذى هما به لا بهما معاً .

* (و) تجوز (المبادلةُ) فى الذهب والفضة (وهى : بيعُ العَيْنِ) ذهباً أو فضة (بمثلِه) : أى ذهباً بذهب أو فضة بفضة (عَدَداً) كعشرة دنانير بمثلها يداً بيد (إن تَسَاوَيا عدداً ووَزْنًا) ولو كان أحدهما أجود كما سيأتى . ولا يشترط للجواز حينئذ إلا المناجزة وعدم دوران الفضل من الجانبين .

* (وإلا) يتساويافيها ذكر فلا يجوز إلا بشروط سبعة أشار لها بقوله :

(فشَرْطُ الجواز) للمبادلة سبعة: (القِلَّةُ) فى العدد فلايجوزفىالكثير وبَيَّنَ القلة بقولِه : (سِتَّةٌ فأقَلّ) لاسبعة فأكثر ، لأن شأن ابتغاء المعروف إنما يكون فى القليل .

(والعَدَدُ) : لا الوزن كواحد بواحد أو ستة بستة .

(وأنْ تكونَ الزيادةُ فى الوزْنِ فقط) دون العدد .

ثلث قيمة المحلى بحلينه وهو المعتمد أو بالوزن خلاف وتظهر ثمرة الخلاف فى سيف محلى بذهب وفضـــة بيع بسبعين ديناراً وكان وزن حليتـــه عشرين ولصياغتها تساوى ثلاثين وقيمة النصل وحده أربعون لم يجز بيعه بأحدهما على الأول وجاز على الثانى . وهذا الخلاف جارٍ فى قوله قبل : إن كانت الثلث .

قوله : [وتجوز المبادلة] إلخ : لما كان بيع النقد بنقد بغير صنفه صرفًا ، وبصنفه إما مراطلة — وهو بيع نقد بمثله وزنًا كما يأتى — وإما مبادلة ، وقد عرفها المصنف كما قال ابن عرفة : بيع العين بمثله عدداً ، فقوله : بمثله . يخرج الصرف وقوله : عدداً ، تخرج المراطلة .

قوله : [ولا يشترط للجواز حينئذ] : أى حين إذ تساويا عدداً ووزنًا .

قوله : [لا سبعة] : العبرة بمفهوم الستة فالزائد عليها ممتنع .

قوله : [لا الوزن] : أى فلا تجوز المبادلة فى الدراهم أو الدنانير المتعامل بها وزنًا كأوقية تبر كاملة بأوقية ناقصة .

قوله : [وأن تكون الزيادة فى الوزن] : أى بأن تكون زيادة كل واحد على ما يقابله فى الوزن لا فى العدد وحينئذ فلا بد أن يكون واحداً بواحد لا واحداً باثنين .

(وأن تكونَ) الزيادة (السدُسَ فأقلَّ في كل دينارٍ أو دِرْهَمٍ) .

وأن يكون (على وجهِ المعروفِ) لا المغالبة .

وأن يكون (بلفظِ البَدَلِ) دون البيع .

(والأجْوَدُ جَوْهَرِيَّةً أو) الأجود (سَكَّةً) حال كونه (أنْقَصَ) وزنا عن مقابله (مُمتَنِعٌ) لدوران الفضل من الجانبين فينتفي المعروف .

(وإلا) يكن الأجود جوهرية أو سكة أنقص بل كان مساويًا لمقابله أو أزيد (جَازَ) لانتفاء علة المنع .

● (و) تجوز (المُرَاطَلَةُ) وهي : (عَيْنٌ) من ذهب أو فضة (بمثلِهِ) ذهب بذهب وفضة بفضة (وزنًا) إما (بصَنْجَةٍ) في إحدى الكفتين والذهب

قوله : [السدس فأقل] : هذا الشرط ذكره ابن شاس وابن الحاجب وابن جماعة ولكن قال في القباب : أكثر الشيوخ لا يذكرون هذا الشرط وقد جاء لفظ السدس في كلام المدونة وهو محتمل للتمثيل والشرطية .

قوله : [وأن يكون على وجه المعروف] : اختلف ؛ هل تشترط السكة للدراهم أو الدنانير وهل يشترط اتحادها ؟ قولان : المعتمد عدم الاشتراط فما يتعامل به عدداً من غير المسكوك حكمه حكم المسكوك وتجوز المبادلة في سكتين مختلفتين .

قوله : [أنقص وزنًا عن مقابله] : مقابل الأول رديء الجوهرية ومقابل الثاني رديء السكة .

قوله : [ممتنع] : خبر عن قوله « والأجود » . وإنما أفرد مع أنه خبر عن شيئين لأن العطف بأو .

قوله : [فينتفي المعروف] : أي المعروف الذي هو شرط المبادلة بسبب المبالغة . والحاصل أن القواعد تقتضي منع المبادلة ولو تمحض الفضل من جهة واحدة لكن الشارع أباحها حينئذ بشروطها ما لم يخرجا عن المعروف بدوران الفضل من الجانبين .

قوله : [لانتفاء علة المنع] : أي وهي دوران الفضل من الجانبين .

قوله : [وهي عين من ذهب أو فضة بمثله] : أي وسواء كانا مسكوكين أم لا

أو الفضة فى الأخرى (أو كِفَّتَيْنِ) بكسر الكاف ؛ بأن يوضع عين أحدهما فى كفة وعين الآخر فى الأخرى فيساوى بينهما (ولو لم يُوزَنَا) قبل ذلك لأن كل واحد أخذ زنة عينه، كان معلوماً قدرها وزناً قبل ذلك أم لا (وإنْ كان أحدُهما) أى النقدين كله (أو بعضُه أجْوَدَ) من الآخر فيجوز .

(لا) إن كان أحدهما (أدنى وأجوَدَ) : أى بعضه أدنى من مقابله وبعضه الآخر أجود منه كمصرى وبندقى ، ويقابلان بمغربى؛ فالمغربى متوسط والمصرى أدنى والبندقى أعلى ، فيمنع لدوران الفضل من الجانبين .

* (و) جاز (مغشُوشٌ) : أى بيعه (بمثلِه) مراطلةً ومبادلةً أو غيرهما

اتحدت سكتهما أم لا كان التعامل بالوزن أو بالعدد .

قوله : [أو كفتين] : أو فى كلام المصنف لحكاية الخلاف ويدل له قول عياض اختلف فى جواز المراطلة بالمثاقيل فقيل : لا تجوز المراطلة إلا بكفتين ، وقيل : تجوز بالمثاقيل أيضًا وهو أصوب : (ا هـ)، والمراد بالمثاقيل كما قال الأبى : الصنجة انتهى (بن) ، والصنجة بفتح الصاد وبالسين وهو أفصح كما فى القاموس .

قوله : [فيساوى بينهما] : أى فلا تغتفر الزيادة فى المراطلة ولو قليلا كما فى المواق بخلاف المبادلة . إن قلت : إذا كان كل واحد إنما يأخذ مثل عينه فأى غرض فى ذلك الفعل ؟ أجيب بأنه : يمكن أن يكون الغرض باعتبار الرغبة فى الأنصاف دون الكبار أو بالعكس أو فى غير المسكوك دون المسكوك أو بالعكس .

قوله : [فالمغربى متوسط] : أى يفرض ذلك .

قوله : [لدوران الفضل من الجانبين] : أى فرب المغربى يغتفر جودته ويأخذ المصرى نظراً لأخذه البندقى ورب البندقى يغتفر جودته لأجل دفع المصرى .

● تنبيه : اختلف هل الأجود سكة أو صياغة كالأجود جوهرية . فيدور الفضل بسببهما — أولا ؟ الأكثر من أهل العلم على عدم اعتبارهما وأنهما ليسا كالجودة فى الجوهرية فلا يدور بهما فضل خلافًا لما مشى عليه خليل .

قوله : [بمثله] : أى بمغشوش مثله وظاهره تساوى الغش أم لا وهو ظاهر ابن

(وبخالص) على المذهب . ومحل الجواز : إن بيع (لمن لا يَغُشُّ به) بل لمن يكسره ويجعله حليًّا أو غيره ، وفسخ إن بيع لمن يغش به .

● (و) جاز (قضاءُ القَرْضِ) إذا كان عينًا بل (ولو طعامًا وعَرْضًا بأفضلَ صِفَةً) حل الأجل أم لا ، لأنّ القرض لا يدخله : « حُطَّ الضمان وأزيدك » ، كدينار جيد عن أدنى منه أو ثوب أو طعام أو حيوان جيد عن دنىء ،

رشد وغيره كما فى (ح)لكن فى المواق أنه لا يجوز بيع المغشوش بمثله إلا إذا علم أن الداخل فيهما سواء .

قوله : [على المذهب] : قيد فى الثانى وأما بيعه بمثله فلا خلاف فى جوازه .

قوله : [وفسخ إن بيع لمن يغش به] : أى جزمًا وأما لو شك هل يغش به أم لا فيكره والبيع ماض ومحل فسخه إلا أن يفوت بذهاب عينه أو بتعذر المشترى ، فإن فات فهل يملك ثمنه فلا يجب عليه أن يتصدق به ، أو يجب عليه التصدق به ، أو يجب عليه التصدق بالزائد على فرض بيعه لمن لا يغش ؟ أقوال أعدلها ثالثها — كذا فى الأصل .

قوله : [وجاز قضاء القرض] إلخ : حاصل ما فى المقام ستون صورة وذلك لأن الدين المترتب فى الذمة : إما من قرض أو من بيع ، وفى كل : إما عيناً أو عرضًا أو طعامًا فهذه ستّ ، وفى كل : إما أن يقضيه بمساو فى القدر والصفة ، أو بأفضل صفة أو قدراً أو بأقل صفة أو قدراً ، فهذه ثلاثون ، وفى كل : إما أن يقضيه بعد حلول الأجل ، أو قبله . فهذه ستون : ثلاثون فى القرض ، وثلاثون فى البيع ، أما التى فى القرض فثمان عشر جائزة وهى : القضاء بمساو قدراً وصفة ، أو بأفضل صفة ، حل الأجل فيهما أم لا ، أو بأقل صفة أو قدراً إن حل الأجل فيهما فهذه ست . كان المقضى والمقضى عنه طعامًا ، أو عرضًا ، أو عينًا ، والباقى اثنتا عشرة ممنوعة وهى القضاء بأزيد قدراً حل الأجل أولا أو بأقل صفة أو قدراً ولم يحل الأجل ؛ فهذه أربع سواء كان المقضى والمقضى عنه طعامًا أو عرضًا أو عينًا . وأما الثلاثون التى فى البيع فسيأتى حاصلها .

قوله : [لا يدخله حط الضمان وأزيدك] : أى لأن الحق فى الأجل فى القرض لمن عليه الدين .

لأنه حسن قضاء ؛ وخير الناس أحسنهم قضاء (إنْ لم يَدْخُلاَ عليه)، وإلا كان سلفًا جرَّ منفعةً وهو فاسد

* (و) جاز القضاء (بأقلَّ صفةً وقدراً) معاً كنصف دينار أو درهم ونصف إردب أو ثوب عن كامل أجود ، وأَوْلى بأقل صفة فقط أو قدراً فقط (إنْ حَلَّ الأجلُ) وإلا فلا؛ (لا) يجوز القضاء (بأزْيَدَ عدداً أو وزنًا)

قوله : [وخير الناس أحسنهم قضاء] : وهو معنى الحديث الوارد في الصحيحين « أنه عليه الصلاة والسلام رد فى سلف بكر رباعيًّا ، وقال : إن خيار الناس أحسنهم قضاء »[1] ولا يقال تلك رخصة لا يقاس عليها لأننا نقول إنما تمسكنا بعموم النص الذى هو قوله : « إن خيار الناس أحسنهم قضاء »[1] والبكر من الإبل : ما دخل فى الخامسة ، ومن البقر والغنم : ما دخل فى الثانية. والرباعى من الإبل : ما دخل فى السابعة .

قوله : [إن حل الأجل] : إنما منع قبل الأجل لما فيه من : ضع وتعجل .

قوله : [لا يجوز القضاء بأزيد عدداً] : أى حيث كان التعامل بها أو عدداً ووزنًا .

وقوله : [أو وزنًا] : أى حيث كان التعامل بها وزنًا فقط فتمنع الزيادة فى الوزن ، إلا كرجحان ميزان بأن يكون راجحًا فى ميزان صرفى مساويًا فى ميزان آخر .

والحاصل أن العين إذا كان يتعامل بها عدداً فلا يجوز قضاء فرضها بأزيد عدداً باتفاق لأنه سلف بزيادة كما قال الشارح . وأما إن كان التعامل بها وزنًا كما فى مصر فهل يلغى الوزن أو العدد خلاف والمعتمد الأول . وعليه فلا يجوز قضاء نصفى ريال أو أربعة أرباعه عن كامل ولو اتحد الوزن وعلى مقابله يجوز . وأما إن كان التعامل بها وزنًا فقط فلا يضر زيادة العدد حيث اتحد الوزن اتفاقًا .

---

(١) خياركم أحسنكم قضاء للدين : قال فى الجامع الصغير أخرجه الترمذى والنسائى عن أبى هريرة . وفى صحيح البخارى عن أبى هريرة : « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم يتقاضاه بعيراً . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطوه . فقالوا : ما نجد إلا سنا أفضل من سنه . فقال الرجل : أوفيتنى وفاك الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطوه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » وفى رواية فيه : « إن خياركم أحسنكم قضاء » .

مطلقًا حل الأجل أم لا للسلف بزيادة .

(كدَوَرَانِ الفضلِ[1] من الجانبين) : فلا يجوز ؛ كعشرة يزيدية عن تسعة محمدية أو عكسه .

* (وثَمَنُ المَبِيع) الكائن فى الذمة (من العَيْنِ كذلك) : يجرى فى قضائه ما جرى فى قضاء القرض ؛ فيجوز بالمُساوى والأفضل صفة مطلقاً ، حل الأجل أم لا ، وبأقل صفة وقدراً إن حل الأجل،لا إن لم يحل ولا إن دار فضل من الجانبين ؛ إلا فى صورة أشار لها بقوله :

(وجازَ بأكثرَ) مما فى الذمة عدداً ووزنًا وأولى صفة ؛ إذ علة منع ذلك فى القرض — وهى السلف بزيادة — منفية هنا حل الأجل أو لم يحل .

ومفهوم قوله : « من العين » أنه لو كان الثمن عرضًا أو طعامًا ففيه تفصيل أشار إليه بقوله :

قوله : [كعشرة يزيدية] إلخ : أى فالمقترض تساهل فى دفع العشرة المذكورة — وإن كان فيها زيادة — لرغبته فى جودة التسعة المحمدية التى أخذها ، والمقرض يرغب فى أخذ العشرة لزيادتها ، وإن كانت رديئة بالنسبة لتسعته التى أقرضها .

قوله : [من العين كذلك] : أى ففيه صور عشر ويأتى فى الطعام عشر أيضًا وفى العرض مثلها . أما صور العين فثمان جائزة وهى : القضاء بمساو ، أو أفضل صفة، حل الأجل أم لا، وبأقل صفة أو قدراً، إن حل الأجل، وبأكثر عدداً أو وزنًا حل الأجل أم لا ؛ فهذه ثمان . وبقى صورتان ممنوعتان وهما مفهوم قوله : إن حل الأجل فى الصفة أو القدر ويضم لهما دوران الفضل من الجانبين .

قوله : [وبأقل صفة وقدراً] : الواو بمعنى أو وهى مانعة خلوّ .

قوله : [منفية هنا] : أى فى ثمن المبيع من العين ، ولذلك يجوز للرجل أن يشترى بعشرة ويدفع خمسة عشر حل الأجل أم لا ، لأن الأجل فى العين من حق من هى عليه فلا تُهمة فيه .

قوله : [أنه لو كان الثمن عرضًا أو طعامًا] : حاصل الصور التى تتعلق بهما أنه متى قضاه بمساو صفة وقدراً جاز ، حل الأجل أم لا ، أو بأزيد صفة أو قدراً جاز ، إن حل الأجل . وفى كلٍّ عرضًا أو طعامًا ، وبأقل صفة أو قدراً فى العرض

---

(١) انظر بعده صفحة ٦٩ .

(كغيرِ العَيْنِ إن حَلَّ الأجلُ) يجوز قضاؤه (بأزْيَدَ صِفَةً وقَدْراً) لا إن لم يحل ؛ لما فيه من « حُطَّ الضمان وأزيدك » .

(و) جاز (بأقلَّ) صفة وقدراً (فى العَرْضِ) إن حل الأجلُ أبرأه من الزائد أم لا ؛ إذ المفاضلة فى العرض لا تمنع ؛

(كالطَّعامِ) يجوز فيه بعد الأجل القضاء بأقل (إنْ) جعل الأقل فى مقابلة قدره و (أبرْأهُ مِنَ الزّائِدِ) لا إن جعل الأجل فى مقابلة الكل لما فيه من المفاضلة فى الطعام . لا قبل الأجل لما فيه من « ضَعْ وتعجَّل » عرضاً أو طعاماً . وهذا التفصيل كله قد تركه الشيخ .

● (ودَارَ الفَضْلُ) من الجانبين فى قضاء القرض وثمن المبيع (بسكَّةٍ) من جانب (أو صِيَاغَةٍ مع جَوْدَةٍ) من الجانب الآخر ، أى كل من السكة أو الصياغة يقابل الجودة فيدور بها الفضل ؛ فلا يجوز قضاء مثقال من تبر جيد عن مثله مسكوكاً أو مصوغاً غير جيد ولا العكس .وأما قضاء المسكوك عن المصوغ وعكسُه فمذهب ابن القاسم الجواز .

● (وإنْ بَطَلَتْ معاملةٌ) من دنانير أو دراهم أو فلوس ترتبت لشخص على

إن حل الأجل ولا يشرط إبراؤه من الزائد ، وبأقل صفة وقدراً فى الطعام إن حل الأجل بشرط إبرائه من الزائد فى أقلية القدر ، فهذه ثنتا عشرة جائزة . والممنوع ثمانية وهى : ما إذا قضاه بأزيد صفة أو قدراً، أو بأقل صفة أو قدراً ، أو لم يحل الأجل . وفى كلٍّ عرضاً أو طعاماً . وهى مفهوم قوله : « إن حل الأجل فى الزيادة » أو فى الأقلية ويضم لها دوران الفضل . . .

قوله :[بأزيد صفة وقدراً] : الواو بمعنى أو وهى مانعة خلوٍّ كما تقدم . ومثلها يقال فى قوله الآتى « وجاز بأقل صفة وقدراً » .

قوله : [لما فيه من حط الضمان وأزيدك] : اعلم أن هذه العلة إنما تدخل فى ثمن المبيع إن كان عرضاً أو طعاماً لأن الحق فى الأجل لرب الدين وللمدين ولا تأتى فى القرض مطلقاً ولا فى ثمن المبيع إن كان عيناً . لأن الحق لمن عليه الدين إن شاء عجل أو أبقاه للأجل . وأما « ضع وتعجل » فتجرى فى قضاء القرض وثمن المبيع سواء كان القرض أو الثمن عيناً أو طعاماً أو عرضاً .

غيره من قرض أو بيع أو تغير التعامل بها بزيادة أو نقص (فالمِثْلُ) : أى فالواجب قضاء المثل على من ترتبت فى ذمته إن كانت موجودة فى بلد المعاملة .

(وإنْ عَدِمَتْ) فى بلد المعاملة — وإن وجدت فى غيرها — (فالقيمةُ يومَ الحُكْمِ) : أى تعتبر يوم الحكم بأن يدفع له قيمتها عرضًا أو يقوّم العرض بعين من المتجددة .

● (وتُصُدِّقَ بما يُغَشُّ به الناسُ) أدبًا للغاشّ فجاز للحاكم — كالمكتسب — أن يتصدق به على الفقراء ؛ ولا يحرم عليه . وجاز أن يؤدبه بضرب ونحوه ولا يجوز أدبه بأخذ مال منه كما يقع كثيراً من الظلمة . وللحاكم أن يخرجه من السوق .

قوله : [من قرض أو بيع] : ومثل ذلك ما لو كانت وديعة وتصرف فيها أو دفعها لمن يعمل فيها قراضًا .

قوله : [أى فالواجب قضاء المثل] : أى ولو كان مائة بدرهم ثم صارت ألفًا بدرهم أو بالعكس ، وكذا لو كان الريال حين العقد بتسعين ثم صار بمائة وسبعين وبالعكس ، وكذا إذا كان المحبوب بمائة وعشرين ثم صار بمائتين أو العكس ، وهكذا .

قوله : [فالقيمة يوم الحكم] : وهو متأخر عن يوم انعدامها وعن يوم الاستحقاق والظاهر أن طلبها بمنزلة التحاكم وحينئذ فتعتبر القيمة يوم طلبها . وظاهره ولو حصلت مماطلة من المدين حتى عدمت تلك الفلوس ، وبه قال بعضهم . وقال بعضهم : هذا مقيد بما إذا لم يكن من المدين مطل وإلا كان لربها الأحظّ من أخذ القيمة أو مما آل إليه الأمر من السكة الجديدة الزائدة على القديمة وهذا هو الأظهر لظلم المدين بمطله : قال الأجهورى . كمن عليه طعام امتنع ربه من أخذه حتى غلا فليس لربه إلا قيمته يوم امتناعه وتبين ظلمه .

قوله : [فجاز للحاكم] : أى فالتصدق جائز لا واجب خلافًا لمن يقول بذلك . وما ذكره من التصدق هو المشهور . وقيل : يراق اللبن ونحوه من المائعات وتحرق الثياب الرديئة أو تقطع خرقًا وتعطى للمساكين .

قوله : [ولا يجوز أدبه بأخذ مال منه] : قال الونشريسى : أما العقوبة

والغش يكون فى كل شىء حتى فى الحيوان وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « من غشنا فليس منا »[1] .

(كَخَلْطِ) شىء (جَيِّدٍ) كلبن وسمن وزيت ودقيق (بِرَدِىءٍ) من جنسه أو غير جنسه (من طعام أو غيره) كثياب وقطن وكتان (و) نحو (بَلِّ ثياب بِنَشَا ، ونَفْخِ لحمٍ بعد السَّلْخِ) لا قبله لأنه يوهم أنه سمين .

ومحل التصدق به (إنْ كانَ قَائِماً) بيد البائع أو المشترى ويفسخ البيع .

(وإلا) يكن قائماً — بأن ذهبت عينه أو تغير — (فبالثَّمَنِ) الذى بيع به .

بالمال فقد نص العلماء على أنها لا تجوز. وفتوى البرزلى بتحليلها لم تزل الشيوخ يعدونها من الخطأ كذا فى (بن) .

قوله : [من غشنا فليس منا] : إن حمل على غش الإيمان كفعل المنافقين فالحديث على ظاهره ، وإن كان المراد الغش فى المعاملة مع اعتقاد حرمته فالمعنى : ليس مهتدياً بهدينا وليس من الكاملين فى الإيمان . ولكن يترك اللفظ على ظاهره تخويفاً وتقريعاً .

قوله : [فبالثمن الذى بيع به] : وقيل بالزائد على فرض بيعه ممن لا يغش به وقيل بملكه وقد تقدمت تلك الأقوال .

---

(١) فى الجامع الصغير : عن أبى هريرة : « من غشنا فليس منا » صحيح رواه الترمذى . وعن ابن مسعود : « من غشنا فليس منا والمكر والخداع فى النار » قال ضعيف رواه الطبرانى فى الكبير وأبو نعيم فى الحلية .

فصل فى بيان علة ربا النساء وربا الفضل

وبيان أجناس ربا الفضل وما يتعلق بذلك

• (عِلَّةُ) حرمة (رِبَا النَّساءِ فى الطَّعامِ) الربوى وغيره (مُجَرَّدُ الطَّعْمِ) : أى كونه مطعوماً لآدمى ،

(لا على وَجْهِ التَّدَاوِى) : أى على غير وجه التداوى به ؛ فما يتداوى به من مسهل أو غيره يجوز فيه النساء أى التأخير .

(فتدخُلُ الفواكهُ) جميعها كرمان وإجاص (والخُضَرُ) ما يؤكل أخضر كالخيار والبطيخ (والبُقُولُ) بالضم كالجزر والقلقاس والفجل

فصل :

لما أنهى الكلام على أنواع الربا فى النقد ، ولم يتكلم على كونه تعبداً أو معللا — مع أنه معلل — وهل علته غلبة الثمنية أو مطلق الثمنية ، وينبنى على ذلك حكم الفلوس النحاس فتخرج على الأول دون الثانى . فشرع الآن فى الكلام على علته فى الطعام وعلى متحد الجنس ومختلفة لحرمة التفاضل فى الأول دون الثانى وحرمة ربا النساء فيهما كما تقدم ذلك فى قوله : « وحرم فى عين وطعام ربا فضل إن اتحد الجنس » إلخ .

قوله : [علة حرمة ربا النساء] : إلخ : المراد بالعلة العلامة لا الباعثة لأنه يستحيل أن يبعث المَوْلَى أمرٌ من الأمور على أمر ، اللهم إلا أن يراد الباعث الذى يبعث المكلف على الامتثال .

قوله : [مجرد الطعم] : بالضم الطعام أى مجرد كونه مطعوماً .

قوله : [والبقول] : الفرق بين الخضر والبقول أن البقول ما يقلع من أصله كالفجل بخلاف الخضر فإنه مايتناول شيئاً بعد شىء كالبامية والملوخية فى بعض البلاد .

(والحُلْبَةُ) بالضم (ولو يابِسةً) ويخرج نحو السلجم .

(فَيُمْنَعُ بعضُهُ) أى بيعه (ببعضٍ إلى أجَلٍ) ولو تساويا .

* (ويجوزُ التفاضلُ فيها) قل أو كثر (ولو بالجِنْسِ) الواحد كرطل برطلين (فى غيرِ) الطعام (الرِّبَوِيِّ) منها إذا كان (يداً بيد) .

* (وعلَّةُ) حرمة (رِبَا الفَضْلِ فيه) : أى فى الطعام (اقتياتٌ وادخارٌ): أى مجموع الأمرين . فالطعام الربوى : ما يقتات ويدخر ؛ أى ما تقوم به البنية عند الاقتصار عليه ويدخر إلى الأمد المبتغى منه عادة ولا يفسد بالتأخير ، ولا يشترط كونه متخذاً للعيش غالباً على المذهب — ابن ناجى . ولا حد فى الادخار على المذهب . وفى معنى الاقتيات مصلحة كبصل كما سيأتى .

قوله : [والحلبة بالضم ولو يابسة] : حاصله أنه اختلف فى الحلبة فقيل : طعام ، وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة . أو دواء وهو قول ابن حبيب . أو الخضراء طعام واليابسة دواء ، وهو قول أصبغ فى الموازية . فاختار شارحنا قول ابن القاسم .

قوله : [ويخرج نحو السلجم] : أى لأنه يستعمل على سبيل التداوى .

قوله : [اقتيات وادخار] : قال ابن عرفة : الطعام ما غلب اتخاذه لأكل آدمى أو لإصلاحه أو لشربه (ا هـ) ، فيدخل فيه الملح والفلفل لا الزعفران وماء الورد والمصطكى والصبر والزراريع التى لا زيت لها والحرف : وهو حب الرشاد . وقوله : « أو لشربه » : يدخل فيه اللبن لأنه غلب اتخاذه لشرب الآدمى . ويخرج الماء لأنه غلب اتخاذه لغير شرب الآدمى لكثرة من يشربه من الدواب . ولا يرد على هذا زيت الزيتون فإن أصل اتخاذه للطعام ولإصلاحه — كذا فى الحاشية .

قوله : [إلى الأمد المبتغى منه عادة] : أى الزمن الذى يراد له عادة ، ولا حد له بل هو فى كل شىء بحسبه ، ثم إنه لا بد أن يكون الادخار على وجه العموم ، فلا يلتفت لما كان ادخاره نادراً وحينئذ فيجوز التفاضل فى الجوز والرمان كما هو نص المدونة ومشهور المذهب ، كذا فى الحاشية ، وفى الحقيقة الرمان وما فى معناه خارج بقوله « اقتيات » .

● ثم شرع فى عد الربويات وبيان أجناسها بقوله :

* (كَبُرٌّ وشَعِيرٍ وسُلْتٍ ، وهى) : أى الثلاثة (جنسٌ) واحد على المذهب لتقارب منفعتها . فيحرم بيع بعضها ببعض متفاضلا ولو يداً بيد (وعَلَسٍ) بفتح اللام ؛ قريب من خلقة البر : طعام أهل صنعاء اليمن (وذُرَةٍ ودُخْنٍ) بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة: حب صغير فوق حب البرسيم طعام السودان (وأُرْزٍ . وهى) أى الأربعة (أجناسٌ) : أى كل واحد منها جنس على حدته يجوز التفاضل بينها مناجزة ومنع فى الجنس منها . (والقَطَانِىِّ) السبعة (وهى أجناسٌ) يمنع التفاضل فى الجنس الواحد ويجوز بين الجنسين : (وتَمْرٍ وزَبِيبٍ وتِينٍ) على المشهور (وهى أجناسٌ . وذواتِ الزيتِ) من زيتون

قوله : [جنس واحد على المذهب] : أى خلافاً للسيورى وتلميذه عبد الحميد الصائغ حيث قالا : إن الثلاثة المذكورة أجناس فيجوز التفاضل فيما بينها مناجزة .

قوله : [وهى أى الأربعة أجناس] : أى على المشهور فى الثلاثة الأخيرة ، وأما العلس فخارج عنها إذا لم يقل أحد إنه جنس منها . وإنما اختلفوا : هل هو ملحق بالقمح والشعير والسلت أو جنس بانفراده ؟ وهو المشهور .

قوله : [والقطانى السبعة] : أى التى هى : العدس بفتحتين واللوبيا والحمص بتشديد الميم مفتوحة ومكسورة مع كسر الحاء فيهما والترمس بضم أوله وثالثه وسكون ثانيه ، والفول والجلبان والبسيلة وتسمى بالماش والكرسنة قال الباجى هى البسيلة ، وقال التتائى : قريبة من البسيلة وفى لونها حمرة . وسميت قطانى: لأنها تقطن بالمكان أى تمكث به. ولم يختلف قول مالك فى الزكاة إنها جنس واحد يضم بعضها لبعض وذلك لأن الزكاة لا تعتبر فيها المجانسة العينية؛ وإنما يعتبر فيها تقارب المنفعة وإن اختلفت لا فى البيع . ألا ترى أن الذهب والفضة جنس واحد فى الزكاة وهما جنسان فى البيع ؟

قوله : [وتين على المشهور] : أى فالمشهور فى التين أنه ربوى بناء على أن العلة الاقتيات والادخار ، وإن لم يكن متخذاً للعيش غالباً .

وسمسم وقرطم وفجل أحمر .(ومنها بِزْرُ الكتّان ِ) بفتح الكاف والخردل على الأرجح (وهى أجناسٌ ، كزيوتها) فإنها أجناس (والعُسُولِ) : جمع عسل كانت من نحل أو تمر أو قصب أو غير ذلك أجناس . يجوز فيها التفاضل ، كرطل من عسل نحل برطلين من عسل قصب إذا كان يداً بيد ويمنع فى النوع منها .

(بخِلافِ الخُلولِ والأنبِذَةِ فجِنْسٌ) واحد لا يجوز التفاضل فيها . والمذهب أن الخل والنبيذ جنس، ونص ابن رشد : النبيذ لا يصح بالتمر لقرب ما بينهما، ولا بالخل إلا مثلا بمثل؛ لأن الخل والتمر طرفان يبعد مابينهما فيجوز التفاضل بينهما . والنبيذ واسطة بينهما لقربه من كل واحد منهما. فلا يجوز بالتمر على كل حال ولا بالخل إلا مثلا بمثل . وهذا أظهر ولا يكون سماع يحيى مخالفًا للمدونة (اهـ) .

قوله : [ومنها بزر الكتان بفتح الكاف والخردل] إلخ : إنما كان الأرجح فيهما كونهما ربويين لأنه يؤكل زيتهما غالبًا لا على وجه التداوى فى هذا الزمان وأنت خبير بأن الطعمية ينظر فيها للعرف، فإخراج الخرشى بزر الكتان من الربويات بقوله: فلا يرد أكل بعض الأقطار كالصعيد لزيت بزر الكتان لأن هذا من غير الغالب على حسب زمانه .

قوله : [كزيوتها فإنها أجناس] : أى فيباع رطل من الزيت الطيب برطلين من الشيرج أو من الزيت الحار مناجزة .

قوله : [أو غير ذلك] : أى كعسل العنب .

قوله : [فجنس واحد لا يجوز التفاضل فيها] : أى حيث كان أصلها واحداً وأما لو اختلف أصل الخل من أصل النبيذ كخل تمر ونبيذ زبيب فظاهر تمثيل الشارح أنهما جنسان اتفاقاً والأنبذة كلها جنس واحد ولو اختلفت أصولها حيث كانت ربوية كالخلول .

قوله : [لأن الخل والتمر] : تعليل لمحذوف تقديره بخلاف الخل مع التمر فيصح .

قوله : [فلا يجوز بالتمر على كل حال]: أى لأنه بيع رطب بيابس فلا تتأتى المثلية فقوله إلا مثلا بمثل راجع لقوله ولا بالخل .

وقيل : كل واحد منهما جنس على حدته وهو أظهر فى النظر لأن الذى يراد من الخل غير ما يراد من النبيذ عادة .

(والأَخْبَازُ) كلها (ولو بعضُها من قُطْنِيةٍ) كفول وبعضها من قَمح (جِنْسٌ) واحد يحرم التفاضل فيها (إلا) أن يكونَ البعض (بأَبْزَارٍ) فلا يكون مع غيره جنساً ويجوز التفاضل فيه مع غيره؛لأن الأبزار تنقله عما ليس فيه أبزار . والمراد جنس الأبزار ، فيصدق بالواحد .

(وبَيْضٌ وهو) من دجاج أو غيرها (جِنْسٌ) واحد (فتُتَحَرَّى المساواةُ) ولو اقتضى التحرى بيضة ببيضتين أو أكثر كما قال المازرى .

(ويُستَثْنَى) وجوباً عند البيع (قِشْرُ بيضِ النَّعَامِ) فلا يدخل فى البيع سواء بيع بمثله أو بغيره . وذكر علة وجوب الاستثناء ليصح البيع بقوله :

(فإنه عَرْضٌ) لأنه إذا لم يستثن يلزم فى الأول بيع طعام وعرض بطعام

قوله : [لأن الذى يراد من الخل] : أى فالذى يراد من الخل الإدام وإصلاح الطعام والذى يراد من النبيذ شربه والتلذذ به فبينهما بون .

قوله : [ولو بعضها من قطنية] : أى على المشهور ، ومقابله قولان ، قيل : هى أصناف ، وقيل : خبز القطانى صنف وخبز غيرها صنف . ومثل الأخباز الأسوقة بشرط أن تكون الأخباز والأسوقة أصلها ربوى .

قوله : [إلا أن يكون البعض بأبزار] : أى أو أدهان أو سكر ، فالظاهر أنه إذا كان بأبزار مختلفة بحيث يختلف الطعم ، فإنه يصير كالجنسين . ومثل العجن بالأبزار التاطخ بها كالكعك بالسمسم بمصر لا وضع حبة سوداء على بعض رغيف وانظر هل ما كان بسكر مع ذى الأبزار صنف أو صنفان (اهـ من الحاشية) .

قوله : [وهو من دجاج أو غيرها] : وهل يدخل فى الغير بيض الحشرات أم لا ؟ وهو الظاهر ، بل الظاهر ما ذكره ابن عرفة فى تعريف الطعام أنه ليس بطعام كما أن ظاهره أن لحمها كذلك . وجزم الشيخ كريم الدين بأن لحمها ربوى لا يظهر (اهـ خرشى) .

قوله : [قشر بيض النعام] : مثله بيع عسل مع شمعه بعسل بدونه فيجوز

وعرض وفى الثانى بيع طعام بطعام وعرض وهو ممنوع .

(وسُكَّرٌ وهو) بجميع أصنافه (جِنْسٌ) واحد فيمنع رطل من المكرر أو النبات برطلين مع غيره .

(ومُطْلَقُ لَبَنٍ) من بقر أو غيرها (وهو) بأصنافه (جِنْسٌ) واحد .

(ولحمُ طَيْرٍ) إنسى أو وحشى كحدأة ورخم (وهو) من جميعها (جِنْسٌ) واحد يمنع فيه التفاضل والمطبوخ منه جنس (ولو اختلفت مَرَقَتُه) بأن طبخ بأمراق مختلفة بأبزار أم لا ، ولا يخرجه ذلك عن كونه جنساً .

(ودوابُّ الماءِ) من حوت وغيره صغيرة وكبيرة (وهى جنس) .

(كَمُطْلَقِ ذواتِ الأربع) من غنم وبقر وغيرهما (وإنْ) كان (وَحْشِيًّا)

إن استثنى الشمع وإلا فلا فإن بيع بدراهم ونحوها جاز مطلقاً كذا فى الحاشية .

قوله : [وهو ممنوع] : أى لأن مصاحبة العرض للطعام كمصاحبته للنقد ، فكما لا يجوز بيع نقد مع عرض بنقد متحد الجنس مع عرض كذلك لا يجوز فى الطعام ؛ لأن العرض المصاحب للنقد أو الطعام يعطى حكمهما فيؤدى للتفاضل فى متحد الجنس .

قوله : [من بقر أو غيرها] : أى من كل غير محرم الأكل ويلحق به الآدمى : وقولنا « غير محرم الأكل » يشمل مكروه الأكل ؛ وفى الحقيقة لبنه تابع للحمه . فإن قلنا : إن لحم مكروه الأكل من ذوات الأربع مع مباحه جنس ، كان لبن مكروه الأكل من ذوات الأربع مع مباحه جنساً . وانظر ذلك .

قوله : [وهو بأصنافه جنس] : أى الآتى بيانها وهى الحليب والأقط والمخيض والمضروب .

قوله : [ولا يخرجه ذلك عن كونه جنساً] : وما سيأتى من طبخ اللحم بأبزار يخرجه عن النىء فالأبزار لا تنقل إلا عن النىء .

قوله : [كمطلق ذوات الأربع] : أى من مباح الأكل قال فى المدونة : وذوات الأربع الأنعام والوحش كلها صنف واحد (ا هـ) ، قال : ولا بأس بلحم الأنعام بالخيل وسائر الدواب نقداً أو مؤجلا لأنه لا يؤكل لحمها ، وأما الهر والثعلب

كغزال وبقر وحش وحماره يمنع التفاضل فيها والمطبوخ منها جنس واحد ولو اختلفت مرقته .

(والجرادُ) وهو جنس غير الطير .

(وفى جِنْسيَّةِ المطبوخِ من جنسين) كلحم طير ولحم بقر فى إنا واحد أو كل منهما فى إناء (بِأَبْزَارٍ) ناقلة لكل واحدمنهما عن أصله (خِلافٌ) : قيل : يصير بذلك جنساً واحداً يمتنع فيه التفاضل ، وقيل : بل كل على أصله فلا يمتنع فإن طبخ أحدهما فقط بأبزار أو كل منهما بلا أبزار فجنسان اتفاقاً .

(والمَرَقُ) كاللحم يمنع التفاضل بينهما ، فلا يجوز رطل لحم برطلى مرق ويجوز مرق بمثله وبلحم طبخ وبمرق ولحم كَهُمَا بمثلهما متماثلا فى الصور الأربع (والْعَظْمُ) المختلط كاللحم الخالص فلا بد من المماثلة يداً بيد ، فهو

والضبع مكروه بيع لحم الأنعام بها لاختلاف الصحابة فى أكلها ، وهو يفيد أن مكروه الأكل من ذوات الأربع ليس من جنس المباح منها وإلا لم يبع لحم المباح منها بالمكروه متفاضلا وإنما كره التفاضل فى بيع لحمها بلحم المباح مراعاة للخلاف لحرمة أكلها وعدمها ، وفى الذخيرة ما يفيد أن الكراهة على التحريم . وعليه فهما جنس واحد وانظر : هل يجرى مثل ذلك فى مكروه الأكل من الطير كالوطواط مع مباح الأكل منه ؟ وهو الظاهر وقد يقال فى مكروه الأكل من دواب الماء — ككلب الماء وخنزيره على القول بكراهتهما وإن كان ضعيفاً — لأن المعتمد فيهما الجواز (ا هـ ملخصاً من الخرشى) .

قوله : [والجراد] : أى فهو ربوى على المعتمد ، وقيل ، وغير ربوى . قال خليل : وفى ربويته خلاف .

قوله : [خلاف] : وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا بيع أحدهما بالآخر فإنه يمتنع التفاضل بينهما إن قلنا إنهما جنس واحد ، ويجوز إن قلنا إنهما جنسان . وأما هما مع لحم آخر فإن لم يكن مطبوخاً بناقل جاز بيعه بهما أو بأحدهما ولو متفاضلا وإن كان مطبوخاً بناقل جرى فيه الخلاف بينه وبينهما هل يصيران جنساً واحداً أو يبقى كل على ما هو عليه .

قوله : [فى الصور الأربع] : وبقيت خامسة وهى مرق ولحم بلحم .

كنوى التمر حيث لم ينفصل عنه فإن انفصل وكان لا يؤكل جاز بيعه باللحم متفاضلا كالنوى إذا انفصل عن تمره (والجِلْدُ كاللَّحْمِ) فتباع شاة مذبوحة بمثلها وزنًا أو تحريًا مناجزة ولا يستثنى الجلد، بخلاف الصوف فإنه يستثنى كقشر بيض النعام لأنه عرض .

* ولما كان مصلح الطعام الربوى ملحقًا به — فيدخله ربا الفضل — نبه عليه بقوله :

(ومُصلِحِهِ)عطف على « بُرٍّ »أى :وكمصلح الطعام:وهو ما لا يتم الانتفاع بالطعام إلا به (كمِلْحٍ وبَصَلٍ وثُومٍ) بضم المثلثة ويقال فوم بالفاء كما فى القرآن فى قوله : « وفومها » (وتَابِلٍ) بفتح الموحدة وكسرها وبينه بقوله : (من فُلفُلٍ) بضم الفاءين (وكُزْبرَةٍ)بضم الكاف والباء الموحدة وقد تفتح الباء وقد تقلب الزاى سينا (وكَرَوِيَا) بفتح الراء وسكون الواو وفى لغة: كركريا ،وفى أخرى كتيميا (وشَمَارٍ) بفتح أوله (وكَمُّونَيْنِ) : أبيض وأسود (وأنِيسُونٍ ؛ وهى) أى المذكورات (أجناس) يجوز التفاضل بينهما مناجزة.(وخَرْدَلٍ) بالدال المهملة : حب أحمر صغير كالبرسيم يخرج منه زيت حار كالسَّلْجَمِ وحب السلجم أحمر أيضًا أصغر من الخردل يخرج منه أيضًا زيت حار فهو كالخردل

قوله : [والجلد كاللحم] : أى ولو كان منفصلا إذا لم يكن مدبوغاً وأما المدبوغ فكالصوف .

قوله : [وزناً أو تحرياً] : أى كأنهم لم يلتفتوا لما فى داخل بطنها من الفضلات المحتملة لتفاوتهما .

قوله : [وهى أى المذكورات أجناس] : ما ذكره من أنها أجناس هو ما استظهره الباجى ونقل الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم : أن الشمار والأنيسون جنس والكمونين جنس آخر وهو المعتمد كذا قرره شيخ مشايخنا العدوى .

قوله : [بالدال المهملة] : أى كما فى التنزيل وورد إعجامها فى غير القرآن .

قوله : [يخرج منه زيت حار] : أى يستخرج ببلاد الصعيد كل من السلجم والخردل ومثلهما زيت الخس المسمى بالزيت الحلو بمصر .

فى كونه ربويًّا . ومشى الشيخ على أن الخردل ليس بربوى فالسلجم كذلك . ونص ابن الحاجب على أنه ربوى ، فقال بالعطف على الحنطة والخردل والقرطم . واعتمد بعضهم ما لابن الحاجب فلذا مررنا عليه ،والله أعلم بحقيقة الحال.وما قيل إنه ربوى اتفاقًا ففيه نظر .

* (لا فواكهَ) : كرمان وخوخ وإجاص (ولو ادُّخِرَت بِقُطْرٍ ؛ كَتُفَّاحٍ ولَوزٍ وبُنْدُقٍ) فليست بربوية على الأرجح . وفى التين خلاف استظهر الشيخ أنه ربوى .

* (وَدَوَاءٍ) عطف على فواكه : أى ليس بربوى كحزنبل وحرمَلٍ وسائر العقاقير .

(وحُلْبَةٍ) يابسة أو خضراء .

(وبَلَحٍ صغيرٍ) بأن انعقد ولم يزهُ ليس ربويًّا ، لأنه لا يراد للأكل بخلاف الزهو فأعلى — من بُسر فرطب فتمر— فربوى اتفاقًا .

قوله : [واعتمد بعضهم ما لابن الحاجب] : أى وقد استظهره الشيخ خليل فى توضيحه .

قوله : [وحلبة] : عطف على فواكه أى فليست ربوية فلا ينافى أنها طعام كما تقدم .

قوله : [بأن انعقد ولم يزه] إلخ : أى لم يبلغ حد الرامخ ؛ فكل ما لم يبلغ حد الرامخ لا يعدّ طعامًا من أصله بدليل قول الشارح : « لأنه لا يراد للأكل » .

قوله : [بخلاف الزهو فأعلى] : حاصله أن مراتب البلح سبع : طلع فإغريض فبلح صغير— وهو المسمى فى عرف مصر بالنيّى— فبلح كبير وهو المسمى بالزهو فبسر فرطب فتمر ويجمعها قولك«طاب زبرت»فكل واحد من هذه إما أن يباع بمثله أو بغيره والجملة تسع وأربعون صورة المكرر منها إحدى وعشرون صورة والباقى ثمان وعشرون وهى بيع الطلع بمثله وبالست بعده وبيع الإغريض بمثله وبالخمس بعده وبيع البلح الصغير بمثله وبالأربع بعده وبيع الكبير بمثله وبالثلاث بعده وبيع البسر مثله وبالاثنين بعده وبيع الرطب بمثله وبالتمر بعده وبيع التمر بالتمر فالجائز منها بيع كل بمثله بشرط المماثلة والمناجزة فى الأربع الأخيرة، وأما فى الثلاث

(وماءٍ) عذب أو مالح ليس بربوى بل ولا طعام .

(وجازا) : أى البلح الصغير والماء أى جاز كل منهما (بطعامٍ لأجَلٍ) .

(كالأدوية) تجوز بطعام لأجل لأنها كالعروض .

● ثم شرع فى بيان ما يكون به الجنس الواحد جنسين وما لا يكون . فمن الثانى ما أشار إليه بقوله :

* (ولا يَنْقُلُ طَحْنٌ) لحب (وعَجْنٌ) لدقيق (وصَلْقٌ) لغير تُرمُسٍ من الحبوب (وشَىٌّ) للحم بلا أبزار (وتَقْدِيدٌ له) أو لغيره بنار أو هواء أو شمس عن أصل ؛ فالدقيق ليس جنساً منفرداً عن أصله فلا يجوز فيه التفاضل بينه وبين أصله لأنه مجرد تفريق أجزاء، والعجن لا ينقل عن الحب ولا الدقيق . والمصلوق مع

الأول فالجواز ولو مع التفاضل مع المناجزة وبيع الطلع بكل واحد من الست بعده وبيع الإغريض بكل واحد من الخمس بعده، وبيع البلح الصغير بكل من الأربع بعده ولو متفاضلا من غير مناجزة لاختلاف الأجناس والطُّعمية وبيع الزهو بالبسر، لأنهما كشىء واحد بشرط التماثل أو المناجزة وبقى خمس ممنوعة وهى بيع الرطب بالزهو أو بالبسر أو التمر وبيع التمر بالزهو أو بالبسر. وعلة المنع فيها بيع رطب بيابس .

قوله : [وماء عذب أو مالح] : المراد بالعذب ما يشرب ولو عند الضرورة والمراد بالملح ما لا يشرب أصلا . والعذب جنس والمالح جنس ويجوز بيع بعض الجنس الواحد ببعض متفاضلا يداً بيد . وأما لأجل فإن كان المعجل هو القليل منع لما فيه من « سلف جر نفعاً ». وأما إن كان هو الكثير فظاهر المدونة المنع أيضاً . قال الخرشى : ولعله مبنى على أن تهمة ضمان بجعل توجب المنع . (انتهى) وأما بيع المالح بالحلو وعكسه فيجوز بأى حال لاختلاف الأجناس وعدم كونه ربوياً وطعاماً .

قوله : [فلا يجوز فيه التفاضل بينه وبين أصله] : أى فإذا بيع القمح بالدقيق فلا بد من المماثلة وتعتبر المماثلة فى قدر الدقيق بالتحرى وكبيع العجين بالدقيق أو القمح .

غيره جنس فلا يباع مصلوق بمثله متفاضلا ولا متماثلا لعدم تحقق المماثلة . إلا الترمس فإن صلقه على الوجه المعلوم ينقله عن أصله لكثرة المعاناة فيه وصيرورته حلواً بعد المرارة، والتقديد غير ناقل عن الأصل .

(و) لا ينقل (تَسْمِينٌ) للبنٍ عن لبن حليب لم يخرج سمنهُ ، بخلاف ما أخرج منه سمنه فناقل (و) لا ينقل (نَبْذٌ لِكَتَمْرٍ) وزبيب (عن أصلٍ) بل هما جنس فلا يجوز التفاضل بينه وبين أصله ولو احتمالا ؛ كرطل زبيب برطل نبيذ منه لعدم تحقق المماثلة .

وأشار للأول – وهو ما يكون به الجنس جنسين – بقوله :

* (بخلاف خَبْزٍ) بفتح الخاء المعجمة ، فإنه ناقل عن العجين والدقيق فأولى عن الحب (وتخليلٍ) لنبيذ ؛ فإنه ناقل عن الأصل النبيذ لا عن النبيد لأن الخل والنبيذ جنس كما تقدم .

(وقَلْيٍ) لقمح مثلا فناقل (وسَوِيقٍ) المراد به ما طحن بعد صلقه فإنه ينقل لاجتماع أمرين وإن كان كل واحد بانفراده لا ينقل . وكذا إذا لت بسمن فإنه ينقل عن غير الملتوت .

(و) بخلاف (طَبْخِ غيرِ لَحْمٍ) كأرز (أو) طبخ (لَحْمٍ بأبزارٍ) فإنه ناقل .

قوله : [إلا الترمس] : وألحق به فى تدميس الفول وصلق الفول الحار للكلفة التى فيه فيجوز بيع الفول المدمس أو الفول الحار باليابس ولو متفاضلا إذا كان مناجزة .

قوله : [والتقديد غير ناقل] إلخ : ستأتى صور ذلك .

قوله : [لأن الخل والنبيذ جنس] : حاصله أن النبيذ مع التمر جنس واحد وكذلك مع الخل إلا أنه يمنع بيع النبيذ بالتمر مطلقًا لعدم تحقق المماثلة ويجوز بيع النبيذ بالخل متماثلا لا متفاضلا . وأما الخل مع التمر فهما جنسان يجوز التفاضل بينهما مناجزة .

قوله . [وبخلاف طبخ غير لحم] : أى فإنه متى طبخ بأبزار نقل كما فى ابن بشير خلافًا لما فى (عب) من أن طبخ نحو الأرز بأبزار لا ينقله فلا فرق بين اللحم وغيره فى أن كلاً منهما متى طبخ بأبزار انتقل وإلا فلا .

(و) بخلاف (شَيِّهِ) أى اللحم بالنار بأبزار (وتجفيفه بها) : أى بالأبزار فناقل وإذا كانت هذه الأشياء ناقلة عن أصلها .

* (فيجوزُ التَّفَاضُل) فيها (بأصلِها يَداً بِيَد ، وجازَ تمرٌ ولو قَدُم) أى بيعه (بتمرٍ) جديد أو قديم ؛ فالصور ثلاثة. وقيل: لا يجوز قديم بجديد لعدم تحقق المماثلة .

* (و) جاز لبن (حَليبٌ) من بقر . أو غيره بمثله .

(و) جاز (رُطَبٌ) بضم الراء وفتح الطاء المهملة : ما نضج ولم ييبس، وإلا فتمر .

(و) جاز (لحمٌ مَشْوِيٌّ) بمثله. (و) لحم (قَدِيدٌ) بمثله . واعلم أن اللحم إما نىء أو مشوىّ أو قديد أو مطبوخ فكل واحد بمثله جائز كالنىء بكل واحد مما بعده إن كان بأبزار ولو متفاضلا لنقله بالأبزار كما تقدم ، وإلا مُنِعَ مع المشوى

قوله : [وجاز لبن حليب] : اعلم أن اللبن الحليب وما تولد منه سبعة أنواع : حليب وزبد وسمن وجبن وأقط ومخيض ومضروب . وكل واحد من السبعة إما أن يباع بنوعه أو بغير نوعه . فالصور تسع وأربعون المكرر منها إحدى وعشرون . والباقى ثمان وعشرون الجائز منها ست عشرة صورة وهى : بيع كل واحد بمثله وبيع المخيض بالمضروب وبيع كل من المخيض أو المضروب بالحليب أو بالزبد أو السمن أو الجبن الذى من حليب . وأما بيع المخيض أو المضروب بالأقط فقيل بالجواز بشرط المماثلة وقيل بالمنع ؛ واستظهر لأن الأقط إما مخيض أو مضروب فهو بيع رطب بيابس من جنسه : واختلف أيضًا فى بيع الجبن بالأقط والظاهر المنع كذا قالوا : وظاهره كان الجبن من حليب أو من مخيض أو من مضروب . والظاهر أن المنع مُسلّمٌ إذا كان من مخيض أو مضروب لا من حليب لأن المقصود منهما مختلف ، فهذه ثلاث صور مختلف فيها . وبقى تسع ممنوعة اتفاقًا : بيع الحليب بزبد أو سمن أو جبن أو أقط وبيع زبد بسمن أو جبن أو أقط وبيع السمن بجبن أو أقط . ومحل منع الجبن والأقط فى هذه التسع إن كانا من حليب وأما إن كانا من مخيض أو مضروب فحكمهما .

قوله : [واعلم أن اللحم] إلخ : أشار بذلك إلى أن صور بيع اللحم باللحم ست عشرة صورة ؛ لأن اللحم إما نىء أو قديد أو مشوى أو مطبوخ ، وفى كل :

والقديد مطلقاً؛ لأنه رطب بيابس ومع المطبوخ متفاضلا فقط .

(و) جاز لحم (عَفِنٌ) بفتح العين المهملة وكسر الفاء : وهو ما تغير طعمه بطول مكثه ، بمثله .

(و) جاز (زُبْدٌ) بمثله ، (و) جاز (سَمْنٌ) بمثله (وأقِطٌ) : لبن مستحجر وقيل جبن للبن المنزوع الزبد بمثله (وجُبْنٌ) بمثله .

(و) جاز حب (مغلُوثٌ) قل غلثه بمثله لا نقيّ بمغلوث ولا إن كثر الغلث وهو ما الشأن أن لا يتسامح فيه (وزَيْتُونٌ) بمثله (ولحم) بمثله .

* فقوله : (بمثلها) كيلا أو وزناً (مناجزَةً) أى يداً بيد : راجع للجميع .

* (لا) يجوز (رَطْبُهَا) أى المذكورات (بيَابِسِها) متماثلا ولا متفاضلا .

(ولا) يجوز (شيءٌ منها) أى المذكورات (مع عَرَضٍ) كثوب أو شاة (بمثلِهِ) : فلا يجوز زيتون وثوب بزيتون مثله أو معه عرض أيضاً للتفاضل المعنوى لاحتمال اختلاف قيمة العرض المصاحب للربوى .

(و) لا يجوز (مَبْلُولٌ) من حب كقمح (بمثله) : أى بمبلول مثله من جنس ربوى ؛لا متماثلا ولا متفاضلا لعدم تحقق المماثلة فى البلّ .

(ولا) يجور لبن (حَلِيبٍ بزُبْدٍ أو سَمْنٍ) لعدم النقل فإن أخرج زبده جاز بهما لأنهما صارا جنسين .

(ولا) يجوز لحم (مَشْوِى بقَدِيدٍ أو مَطْبُوخٍ) أو قديد بمطبوخ لا متفاضلا ولا متماثلا لعدم تحقق المماثلة ، إلا أن يكون فى أحدها أبزار ومقابلهُ

إما أن يباع بمثله أو غيره فهذه ست عشرة صورة المكرر منها ست والباقى عشر . وقد ذكر الشارح أحكام سبعة منها مستوفاة وسكت عن ثلاثة هنا وسيذكرها فى قوله : « ولا يجوز لحم مشوى بقديد » ، وهو بيع المشوى بالقديد أو المطبوخ وبيع القديد بالمطبوخ فلا تجوز تلك الصور الثلاث إن كان الناقل فى كل أو لا ناقل فيها ولا متماثلا فإن كان الناقل بأحدها فقط جاز ولو متفاضلا كذا فى الأصل .

قوله : [إلا أن تكون فى أحدها أبزار] : مراده بالأبزار : الجنس فمتى أضيف للماء ملح أو بصل أو ثوم فإنه ينقل .

خاليًا منها فيجوز لحصول النقل بالأبزار عما لا أبزار فيه كما تقدم .

* (واعتُبِرَ الدقيقُ) : أى قدره (تَحَرِّيًا) إذا لم يعلم قدره كيلا أو وزنًا (فى بيعِ خُبْزٍ بمثله إن كانا) أى الخبزان (مِن جِنْسٍ) كقمح . وهذا القيد لا بد منه على المذهب ولا يعتبر وزن الخبزين .

(وإلا) يكونا من جنس واحد؛كخبز قمح وذرة (فالوزنُ) بين الخبزين هو المعتبر لا الدقيق.وقولنا : « فى بيع » إلخ ،وأما فى القرض فالعبرة بالعدد المتقارب قال ابن شعبان : لا بأس أن يتسلف الجيران فيما بينهم الخبز ويقضوا مثله أى لأن القصد فيه المعروف لا المبايعة .

(و) اعتبر الدقيق أيضًا (فى) بيع (عَجِينٍ بحِنْطَةٍ أو دَقيقٍ) تحريًا فى المسألتين .

(وجَاز قَمْحٌ بِدَقِيقٍ) إن تماثلا وزنًا أو كيلا علىالراجح . وقيل : لا يجوز إلا بالوزن وقيل لا يجوز مطلقًا لعدم تحقق المماثلة وهو أضعفها .

● (وتُعْتَبَرُ المماثلةُ بالكَيْلِ فيما يكال) كالحبوب (والوَزْنُ فيما يُوزَنُ) كالنقدين (وبالتَّحَرِّى فى غيرها وزنًا) لا كيلا (كالبَيْضِ) وجاز التحرى فيما

قوله : [كما تقدم] : أى فى غير هذه الثلاثة .

قوله : [وإلا يكونا من جنس واحد] : أى والموضوع أن أصلهما طعام ربوى فإن كانا من صنفين غير ربويين أو أحدهما ربوى والآخر غير ربوى لم يعتبر وزن ولا غيره لجواز المفاضلة حينئذ .

قوله : [فالعبرة بالعدد المتقارب] : أى ولو زاد الوزن على العدد أو نقص وينبغى ما لم تحصل مشاحة ، وإلا فلا بد من الوزن إن اختلف أصلهما أو التحرى إن اتحد أصلهما .

قوله : [فيما يكال] : أى فى المعيار الذى اعتبره الشرع إن كان كيلا فكيلا وإن كان وزنًا فوزنًا فما ورد عنه أنه يكال – كالقمح – فلا تصح المبادلة فيه إلا بالكيل ، وما ورد أنهيوزن كالنقدفلاتجوز المبادلة فيهإلا بالوزن ،وهكذا .

وقوله : [كالبيض] : أى فيباع بعضه ببعض بالتحرى ولو اقتضى التحرى بيع بيضة ببيضتين أو أكثر .

يوزن من الربويات لا فيما يكال. وحاصل النقل عن ابن القاسم : أن كل ما يباع وزنًا ولا يباع كيلا مما هو ربوى تجوز فيه المبادلة والقسمة على التحرى، وهو فى المدونة فى السلم الثانى منها .

* وكل ما يباع كيلا — لا وزنًا — مما هو ربوى فلا تجوز فيه المبادلة ولاالقسمة بالتحرى بلا خلاف ،وأما غير الربوى فاختلف فى جواز القسمة ما فيه والمبادلة على التحرى على ثلاثة أقوال : الجواز فيما يباع وزنًا لا كيلا ، والثانى : الجواز مطلقًا، والثالث : المنع مطلقًا .

* (فإن تَعَذَّرَ) التحرى فيما يجوز فيه التحرى لكثرته جدًا (مُنِعَ) فلا تجوز المبادلة والقسمة فيه ؛ وظاهر قولنا : « وجاز التحرى فيما يوزن» ولو لم يتعسر الوزن وهو مذهب المدونة كما تقدم . وقيده الشيخ تبعًا لابن الحاجب بما إذا تعسر الوزن وقول الأكثر .

● (وفَسَدَ) العقد (المَنْهِيّ) عنه من بيع أو غيره . والصحة فى العقود ترتب آثارها عليها ، والفساد عدمه . وفى العبادة : موافقة الفعل ذى الوجهين الشرعَ .

قوله : [ولا القسمة بالتحرى] : الفرق بين ما يوزن فيجوز فيه التحرى وما يكال لا يجوز فيه أن آلة الوزن قد يتعذر وُجودها ، بخلاف آلة الكيل فإنه يتيسر بأى وعاء فلذلك منع التحرى فيه .

قوله : [الجواز فيما يباع وزنًا لا كيلا] : أى وهو لابن القاسم ، وقوله : « والثانى : الجواز مطلقًا » ، وهو لأشهب ، وقوله : « والثالث: المنع مطلقًا » : أى وهو الذى فى كتاب السلم الثالث من المدونة .

قوله : [وفسد المنهى عنه] : أى عن تعاطيه وهذه قضية كلية شاملة للعبادات والمعاملات وهى العقود سواء كان عقد نكاح أو بيع إذا علمت ذلك، فالأولى للشارح حذف قوله العقد .

قوله : [ترتب آثارها عليها] : أى كحل التلذذ بعقد النكاح والتصرف بالمبيع بعد عقد البيع .

وقوله : [والفساد عدمه] : أى عدم ترتب آثارها عليها كعدم حل النكاح بالعقد وعدم جواز التصرف فى المبيع بسبب عقده .

قوله : [ذى الوجهين] : أى صاحب الوجه الموافق للشرع والمخالف له . فإن

فما نهى عنه ففاسد .

* (إلا لدليلٍ) يدل على صحته :كالنجش وبيع المصرّاة وتلقى الركبان. وما فسد تعين رد ما لم يفت كما يأتى. ثم أخذ فى بيان ما نهى عنه بقوله :

* (كالغِشّ) قال صلى الله عليه وسلم : « من غشنا فليس منا»(١) ، وقال عليه الصلاة والسلام : « الدين النصيحة »(٢) .

قلت : إن كل فعل له وجهان ، فلا معنى لقولهم ذى الوجهين ؟ وأجيب : بأن هناك أموراً مالها إلا وجه واحد كاعتقاد وحدانية الله فليس لها إلا وجه واحد وهو موافقة الشرع ، وكالأمور المجمع على حرمتها فليس لها إلا وجه واحد وهو مخالفة الشرع . واعلم أن لهم قاعدة أخرى وهى : إذا كان النهى ذاتيًّا للشىء ؛ كالدم والخنزير . أو وصفًا له كالخمر للإسكار ، أو خارجًا لازمًا له كصوم يوم العيد — لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله تعالى — فإنه يكون مقتضيًا للفساد . ويؤخذ من هذه القاعدة فساد الصلاة وقت طلوع شمس أو غروبها ولا دلالة لقول خليل : وقطع محرم بوقت نهى على الصحة إذا كان النهى لخارج عنه غير لازم كالصلاة فى الأرض المغصوبة والتنفل وقت خطبة الجمعة ولبس الثوب الحرير فى الصلاة ، فلا يقتضى الفساد . ألا ترى أن إشغال بقعة الغير بلا إذنه أو إتلاف ماله أو الإعراض عن سماع الخطبة أو لبس الحرير حرام كل منها ؟ وإن لم يكن فى صلاة .

قوله : [إلا لدليل] : أى شرعى .

قوله : [يدل على صحته] : أى صحة المنهى عنه وسواء كان الدليل متصلا بالنهى أو منفصلا عنه فالمتصل كأن يكون النهى والصحة فى حيز واحد والمنفصل يكون النهى فى حيز والصحة فى حيز آخر .

قوله : [كالغش] : مثال للمنهى عنه ولم يدل دليل على صحته ؛ ويكون الدليل مخصصًا لتلك القاعدة .

---

(١) من غشنا فليس منا — سبق تخريجه فى هذا الباب .

(٢) قال فى الجامع الصغير عن ابن عمر : « الدين النصيحة » صحيح — رواه البخارى فى الصحيح . وجاء به فى صحيح البخارى معلقاً فى آخر كتاب الإيمان بقوله : « الدين النصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم » .

* (وهو) : أى الغش قسمان :

الأول : (إظهار جَودَةِ ما ليس بجيِّدٍ) : كنفخ اللحم بعد السلخ ودق الثياب .

والثانى أشار له بقوله : (أو خَلْطُ شىءٍ بغيرِه) : كخلط اللبن بالماء والسمن بدهن (أو بِرَدِىءٍ) من جنسه كقمح جيد بردىء .

* (وكحيوانٍ) : أى بيعه (مُطْلَقاً) : ما فيه منفعة كثيرة ويراد للقِنْيَةِ ، أو ما لا تطول حياته ، أو ما لا منفعة فيه إلا اللحم ، أو قَلَّتْ منفعته (بلحمِ جِنْسِه) : كبيع شاة بعشرة أرطال لحم من ضأن أو بقر أو إبل لما تقدم أن ذوات الأربع جنس واحد (إن لم يُطْبَخ) اللحم . ولو بغير أبزار لبعده بالطبخ عن الحيوان، فإن طبخ جاز كما يجوز بغير جنسه لكن مناجزة فى غير الأولى لأن ما لا تطول حياته وما بعده طعام حكماً . وأما الأولى — وهو ما منفعته كثيرة ويراد للقنية — فيجوز ولو لأجل .

(أو) حيوان مطلقاً بأقسامه الأربعة (بما) أى بحيوان من جنسه (لا تطول حياته) كطير الماء (أو) بحيوان من جنسه (لا منفعة فيه إلا اللحم) : كخَصِيّ معز (أو قَلَّتْ مَنْفَعَتُه ؛ كخَصِيِّ ضَأْنٍ لتقديرِها) : أى هذه الثلاثة (لحماً) ففيه بيع مجهول بمعلوم أو مجهول بمجهول من جنسه وهو مزابنة ، وصور هذه تسعة ؛ لأنك إذا أخذت الأول من الأربعة مع كل من الثلاثة بثلاثة

قوله : [كنفخ اللحم بعد السلخ] : أى وأما قبله فلا نهى فيه لأنه يحتاج إليه وفيه إصلاح ومنفعة .

قوله . [كخلط اللبن بالماء] . محل النهى ما لم يخلط بالماء لاستخراج زبده وكخلط العصير بالماء لتعجيل تخليله .

قوله : [وكحيوان] ، أى حى مباح الأكل وإنما قيدنا بذلك لأن بيع الخيل ونحوها باللحم المباح جائز لعدم المزابنة وسواء كان البيع نقداً أو لأجل .

قوله : [ولو بغير أبزار] : أى كما أفاده الأقفهسى وهو المعوّل عليه لأن نقل اللحم عن الحيوان يكون بأدنى ناقل بخلاف اللحم عن اللحم ؛ فإنه لا يكفى فيه مجرد الطبخ بل لا بد من طبخه بأبزار .

والثانى من الأربعة مع كل من الثلاثة بثلاثة والثالث مع مثله وما بعده باثنين والرابع مع مثله بواحد ، فهذه تسعة مع الأربعة الأول بثلاثة عشر . وتقدم تفصيل بيع اللحم بلحم .

* وإذا قدرت هذه الثلاثة لحمًا :

(فلا تَجُوز بطعامٍ لأجَلٍ) لأنه طعام بطعام نسيئة .

(كحيوانٍ) : أى كما لا يجوز بيع أحد هذه الثلاثة بحيوان مثلها (من غيرِ جِنْسِها) لأجل كما تقدم . وأما يداً بيد فيجوز لاختلاف الجنس .

(وجازَ ما يُرَادُ للقِنْيَةِ) لكثرة منفعته (بمثله) لأنهما لا يقدران طعامًا بل هما من العروض (وبطعامٍ مطلقًا) أى ولو لأجَل؛ راجع للمسألتين (كَبَقَرَةٍ ببعيرٍ) أو بقرة بمثلها أو بعير ببعير أو كبقرة أو بعير بإردب قمح .

قوله : [بثلاثة عشر] : حاصل ذلك أن المصنف اشتمل كلامه على ست عشرة صورة كلها ممنوعة وهى : بيع الحيوان بأقسامه الأربعة بلحم جنسه وبيعه بأقسامه الأربعة بما لا تطول حياته ، وبيعه بأقسامه الأربعة بما لا منفعة فيه إلا اللحم ، وبيعه بأقسامه الأربعة بما قلَّتْ منفعته ؛ فهذه ست عشرة صورة المكرر منها ثلاثة يبقى ثلاث عشرة صورة يضم لها بيع اللحم باللحم وبيع حيوان يراد للقنية بمثله ، وهاتان الصورتان الأولى منهما جائزة على التفصيل المتقدم والثانية جائزة بلا خلاف .

قوله : [فلا تجوز بطعام لأجل] : أى ولا يؤخذ منها كراء أرض زراعة ولا تؤخذ قضاء عن دراهم أكريت بها أرض زراعة ولا يؤخذ قضاء عن ثمنها طعام لحمًا أو غيره ؛ فلا يجوز بيع شاة للجزار بدراهم ، ثم يأخذ بدل الدراهم لحمًا أو طعامًا لإلغاء الدراهم المتوسطة بين العقد والقبض ؛ فكأنه من أول الأمر باع الشاة باللحم والطعام . وهذا بخلاف الحيوان الذى يراد للقنية لكثرة منفعته ، فإنه يجوز بيعه بطعام ولو لأجل. ويجوز كراء الأرض به وأخذه قضاء عما أكريت به الأرض، وأخذ الطعام قضاء عن ثمنه لأنه ليس طعامًا حقيقة ولا حكمًا .

● تنبيه : يجوز بيع أرض الزراعة بالطعام لحمًا أو غيره لأن المنهى عنه إنما هو كراؤها به .

قوله : [راجع للمسألتين] : أى وهما بيعه بمثله أو بطعام .

* (وكالمزَابَنَةِ ، وهى : بيع مجهولٍ) وزنه أو كيله أو عدده (بمعلومٍ) قدره من جنسه : كجزاف من قمح أو غيره بإردب منه (أو بمجهولٍ مِن جنسِه)، ويكون (فى الطعامِ وغيرِه ؛ كالقطنِ والحَدِيدِ) وغيرهما من المثليات . فإن اختلف الجنس ولو بالنقل جاز البيع بشروط الجزاف .

● (وانتَقَلَ الطعامُ) عن جنسه (بما مَرّ) كالطبخ بالأبزار ونزع السمن من اللبن والخبز .

* (و) انتقل (غيرُه) أى غير الطعام عن أصله (بصَنْعَةٍ مُعتَبَرَةٍ) : أى عظيمة كالأوانى ، لا بهيّنة كالفلوس .

(فيجوزُ بَيْعُ النُّحاسِ)

قوله : [وكالمزابنة] : من الزبن وهو الدفع من قولهم ناقة زبون إذا منعت حلابها ودفعت من يحلبها . ومنه : الزبانية لدفعهم الكفار فى نار جهنم .

قوله : [أو بمجهول من جنسه] : أى كبيع غرارة مملوءة قمحًا بغرارة مملوءة قمحًا أخرى ولا يعلم قدر ما فيهما أو بيع قفص خوخًا بمثله لا يدرى قدر ما فيهما أو بيع صبرة من قطن بمثلها .

قوله : [ولو بالنقل] : أى هذا إذا اختلفا بالأصالة كصبرة أرز بصبرة قمح ولو بالنقل والأصل جنس واحد .

قوله : [فيجوز بيع النحاس] : حاصله أن مسائل بيع النحاس أربع : الأولى : بيع النحاس غير المصنوع بالمصنوع صنعة قوية ، الثانية : بيع النحاس غير المصنوع بالفلوس المتعامل بها ، الثالثة : بيع النحاس المصنوع بالفلوس ، الرابعة : بيع الفلوس المتعامل بها بمثلها ؛ فالأولى تجوز سواء كانا جزافين أو أحدهما بيع نقداً أو لأجل وقدم النحاس حيث لم يمكن أن يعمل فى الأجل مثل المصنوع وإلا منع ، وأما لو قدمت الأوانى فلا منع . والثانية لا تجوز لعدم انتقال الفلوس بصنعتها ، ومحل المنع فيها حيث جهل عددها علم وزن النحاس أم لا كثر أحدهما كثرة تنفى المزابنة أم لا أو علم عددها وجهل وزن النحاس حيث لم يتبين فضل أحد العوضين وإلا جاز كما إذا علم عددها ووزن النحاس . والثالثة تجوز لأنهما مصوغان إن علم عدد الفلوس ووزن الأوانى أو جهل الوزن ووجدت شروط الجزاف وإلا

ونحوه المعلوم قدره أو غير معلومه (بالأوانِى منه، لا بالفُلُوسِ) لعدم انتقال الفلوس عن النحاس لسهولة صنعتها بخلاف الإناء، فإن صنعته عظيمة الشأن. ومحل المنع حيث جهل عددها، علم وزن النحاس أو جهل، أو علم عددها وجهل وزن النحاس. فإن علم العدد والوزن جاز، إذ لا مزابنة حينئذ وإلى هذا أشار بقوله :

(إلاَّ أن يُعْلَمَ عَدَدُها) : أى الفلوس (وَوَزنُه) : أى النحاس (فيجوز) (كآنيةٍ) من نحاس (بفُلُوسٍ عُلِمَا) : أى فيجوز ، وإنما قدمنا هذه المسألة لمناسبتها لبيع الحيوان باللحم لأن علته المزابنة كما تقدم .

● (وجَازَ) بيع المجهول بمعلوم أو المجهول من جنسه (إن كَثُرَ أحَدُهما) كثرة بينة تنتفى فيها المكايسة (فى غيرِ رِبَوِىٍّ) : كقطن وحديد وكالفواكه مما لا يحرم فيه ربا الفضل من الطعام ، لكن بشرط المناجزة فيه لا فى ربوى .

* (وكالغَرَرِ) : أى كبيعه فإنه فاسد للنهى عنه (وهو : ذو الجهْلِ) بثمن أو مُثْمَنٍ أو أجَل (والخَطَرِ ؛ كتَعَذُّرِ التسليمِ) كبيع آبق وسمك فى مائه وبيع ما فيه خصومة .

منع كما لو جهل العدد والوزن معاً . والرابعة تجوز إن تماثلا كأن جهل عدد كلٍ وزاد أحدهما زيادة تنفى المزابنة وإلا منع . وهذا على أن الفلوس غير ربوية وأما على أنها ربوية فلا تجوز إلا إذا تماثلا وزناً وعدداً. فليحفظ هذا التقرير؛ فإنه زبدة ما فى الأصل وحاشيته .

قوله : [ونحوه] : أى كالحديد والقصدير والخشب والطين .

قوله : [بالأوانى منه] : أى من النحاس إن كانت نحاساً ، أو من القصدير إن كانت قصديراً ، أو من الحديد إن كانت حديداً ، أو من الخشب إن كانت خشباً ، أو من الطين إن كانت طيناً ، لكن لا تخرج أوانى الطين عن أصلها إلا بالحرق على ما يظهر وهذا كله بخلاف أوانى النقد . وأما هى فلا تخرج عن أصلها بحال .

قوله : [لا فى ربوى] : أى فلا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد ولو كثر أحدهما كثرة بينة لأنه ربا على كل حال .

قوله : [أى كبيعه] : أى البيع الملابس للغرر ، لا أن الغرر مبيع .

(وكَبَيْعِها بقِيمتِها) التي ستظهر أو التي يقولها أهل السوق (أو بما يرضاه فلان) وكان البيع على رضاه (على اللزوم) لا على الخيار فإنه جائز لأن بيع الخيار منحل.

* (وكَمُنابَذَةِ الثوب أو لَمْسِه فيَلْزَمُ) البيع؛ فإنه فاسد للنهي عنه إذا كان على اللزوم، كما أفاده بقوله: «فيلزم». فإن كان على الخيار جاز. وبيع المنابذة: أن يبيعه ثوباً بمثله أو بدراهم وينبذه له على أنه يلزم بالنبذ من غير تأمل فيه، فالمفاعلة فيه قد تكون على بابها. والملامسة: أن يبيعه الثوب مثلا على اللزوم بمجرد لمسه من غير تفتيش فيه ولا تأمل.

* (وكَبَيْعِ) كل (ما فيه خُصُومَةٌ): أي في تسليمه لمشتريه، بأن يتوقف تسليمه له على منازعة كبيع مغصوب أو مسروق ونحو ذلك تحت يد غير مالكه البائع له.

قوله: [على اللزوم]: اعلم أن المضر الدخول على لزوم البيع لهما أو لأحدهما في مسألة بيعها بقيمتها أو على رضا فلان، وأما على رضا أحد المتبايعين فالمضر إلزام غير من له الرضا. ومثل ما ذكره المصنف لو ولاّه سلعة لم يعلمه بها أو بثمنها على الإلزام والسكوت كالإلزام في الجميع إلا في التولية فتصح وله الخيار.

قوله: [وكمنابذة الثوب أو لمسه]: إنما كان منهياً عنه لما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم: نهى عن الملامسة والمنابذة[1]. فكان الرجلان في الجاهلية يساومان السلعة فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع لزم البيع. قال مالك: والملامسة شراؤك الثوب لا تنشره ولا تعلم ما فيه أو تبتاعه ليلا ولا تتأمله أو ثوباً مدرجاً لا ينشر من جرابه، والمنابذة: أن تبيعه ثوبك فتنبذه إليه أو ثوبه وينبذه إليك من غير تأمل منكما على الإلزام. قال أبو الحسن: قوله: «ولا تعلم ما فيه». يعني وتكتفي باللمس، وقوله: «أو تبتاعه ليلا»: أي مقمراً أو مظلماً، وقوله: «من جرابه»، بكسر الجيم وعاء من جلد (اهـ).

قوله: [فالمفاعلة فيه قد تكون على بابها]: أي وقد لا تكون؛ فالأولى: كما إذا شرط عليك نبذ المثمن واشترطت عليه نبذ الثمن. والثانية: كما إذا كان الشرط من أحدهما. وأما الملامسة فلا تكون على بابها، بل من جانب واحد وهي أن يشترط البائع على المشتري لزوم المبيع بمجرد لمسه له — هكذا قالوا.

---

(١) صحيح رواه الإمام البخاري وغيره.

(وكَبَيْعِهِ) سلعة — عقاراً كانت أو عرضًا — (بالنَّفَقَةِ عليه) : أى على البائع لها (حَيَاتَه) : أى مدة حياته، ففاسد للغرر بعدم علم الثمن .

(ورَجَعَ) المشترى على البائع (بقِيمَةِ ما أنْفَقَ) المشترى عليه إن كان مقومًا ، أو مثليًا جُهل قدره كما إذا كان فى عياله (أو بِمِثْلِهِ إن) كان مثليًا (و) علم قدره ، بأن دفع له قدراً معلومًا من طعام أو دراهم. فالصور أربع ؛ يرجع بالقيمة فى ثلاثة : المقوم مطلقًا والمثلى المجهول القدر ، وبالمثل فى واحدة .

(وردَّ الْمَبِيعُ) لبائعه (إلا أن يَفُوتَ) عند المشترى (فالقِيمَةُ) يردها للبائع وتعتبر (يَوْمَ القَبْضِ) لا يوم الحكم .

* (وكَبَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ) فإنه فاسد للنهى عنه للجهل بالثمن حال العقد ؛ وفسر ذلك بقوله : (يبيعُهاً بَتًّا) لهما أو لأحدهما . فإن كان على الخيار لهما معاً جاز (بعَشَرَةٍ نَقْداً أو أكْثَرَ) كأحد عشر (لأجَلٍ) معلوم وأولى مجهول .

قوله : [وكبيعه سلعة] : هو من إضافة المصدر إلى فاعله وسلعة مفعول والضمير فى حياته يرجع للبائع ويصح أن يرجع للمشترى أو لأجنبى ، فالمراد أنه ينفق عليه مدة مجهولة : وأما لو اشتراها بالنفقة مدة معلومة لجاز . فإن مات البائع قبل تمامها رجع ما بقى من المدة لورثته لا إن دخل على أنه إن مات يكون الباقى هبة للمشترى فلا يجوز .

قوله : [ورجع المشترى] إلخ : اختُلف : هل يرجع بما كان سرفًا بالنسبة للبائع أو لا يرجع إلا بالمعتاد ؟ ومحل الخلاف : إذا كان السرف قائمًا فإن فات لم يرجع به ولا بعوضه . وما قيل فى مسألة البيع بالنفقة عليه حياته يقال فى مسألة الإجارة ، كما لو أجرها منه بالنفقة عليه مدة مجهولة إلا فى السرف فيرجع به وبعوضه إن فات . والفرق أن مشترى الذات يملك الغلة بملك الرقبة فلذلك لم يرجع مع الفوات بالسرف ، والإجارة لا يملك فيها غلة لعدم ملكه الرقبة فيلزمه أجرة المثل .

قوله : [وتعتبر يوم القبض] : أى وأما فى الإجارة فعليه أجرة المثل وهى قيمة المنافع فى أزمانها وفى النفقة عليه قيمة ما أنفق فى زمانه .

قوله : [وكبيعتين فى بيعة] : المراد بالبيعة : العقد و « فى » : إما للظرفية أو السببية ، وفى العبارة حذف والتقدير وكبيعتين حاصلتين فى بيعة أو ناشئتين بسبب بيعة .

* (أو) يبيع (سِلْعَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ) جنساً كثوب ودابة، أو صفة؛ كرداء وكساء ؛ والمراد بيع أحدهما على اللزوم بعشرة ، ففاسد للجهل بالثمن حال العقد . فإن وقع العقد على اختيار المشترى جاز (إلاّ) إذا كان اختلافهما (بِجَوْدَةٍ ورَدَاءة) فقط مع اتفاقهما فيما عداهما كثوب جيد وآخر من جنسه ردىء ، فيجوز بيع أحدهما على اللزوم بعشرة لأن الشأن الدخول على أخذ الجيد .

(ولو طعامًا) ربويًا (إن اتَّحَدَ الكَيْلُ) كإردبّ قمح أحدهما أجود فيجوز بيع أحدهما بدينار على اللزوم لأن الشأن اختيار الأجود (أو الأجوَدُ أكثرُ) من الردىء فيجوز وهو ظاهر . وهذا نَسَبَهَ فضلٌ للمدونة واختاره غيره واعتمد هذا القول : فقول الشيخ : «لا طعام» ضعيف وقولنا : « إن اتحد الكيل»أى والوزن فيما يوزن (و) اتحد (الثَّمَنُ) كما هو الموضوع ، صرح به لمزيد الإيضاح .

(إلا أن يَصحَبَهما) : أى الطعامين (أو) يصحب (الرَّدِىءَ) منهما (غيرُه) : أى غير الطعام من عرض أو حيوان ، فلا يجوز .

قوله : [فإن وقع العقد على اختيار المشترى جاز] : المناسب على خيار المشترى لأن الاختيار هو الموضوع فتارة الاختيار بجامع اللزوم أو السكوت وهو الممنوع وتارة بجامع الخيار وهو الجائز .

قوله : [فقول الشيخ لا طعام] : وجه منع الطعام على ما قال الشيخ : أن مَنْ خُيِّر بين شيئين يعد منتقلا لأنه قد يختار شيئًا ثم ينتقل عنه إلى أكثر منه أو أقل أو أجود وهو تفاضل ، ولأنه يؤدى إلى بيع الطعام قبل قبضه . وردّ هذا : بأن الشأن الدخول على أخذ الجيد فلا يتأتى للعاقل انتقال .

قوله : [إلا أن يصحبهما] إلخ : علة المنع فيهما ما فى ذلك من بيع الطعام قبل قبضه ولأن مَنْ خُيِّر بين شيئين يعد منتقلا فيؤدى إلى بيع طعام وعرض بطعام وعرض أو بيع طعام وعرض بطعام ، وكل منهما ممنوع لدخول الشك فى التماثل . ومثل ذلك فى المنع : بيعه نخلة مثمرة على اللزوم ليختارها المشترى من نخلات مثمرات معينات إلا من باع بستانه المثمر فله أن يستثنى عدداً يختاره منه بشرط أن يكون المستثنى قدر ثلث الثمر كيلا فأقل ولا ينظر لعدد النخل ولا لقيمته

* (وكبَيْعِ حاملٍ) آدمية أو غيرها من الحيوان (بشَرطِ الحمْلِ) إن قصد استزادة الثمن للغرر ؛ إذ قد تلده حيًّا وقد لا تلده لانفشاش الحمل وقد تلده ميتًا ، فإن قصد التبرى جاز .

● (واغتُفِرَ) للضرورة (غَرَرٌ يَسِيرٌ) إجماعًا : كأساس لداره المبيعة ، فإنه لا يعلم عمقه ولا عرضه ولا متانته . وكإجارتها مشاهرة من غير معرفة نقصان الشهور ، وكجبة محشوة ولحاف ، وشرب من سقاء ، ودخول حمام مع اختلاف الشرب والاغتسال (لم يُقْصَدْ) فإن كان يقصد ، كبيع حامل بشرط الحمل لم يجز كما تقدم .

(وكَالِئٍ بِكَالِئٍ) : من الكِلاءة بكسر الكاف : أى الحفظ .

وإنما جاز فى هذه المسألة ، إما لأن المستثنى مبقى أو لأن البائع يعلم جيد حائطه من رديئه فلا يختار ثم ينتقل كذا فى الأصل .

قوله : [وكبيع حامل] : أى فهو فاسد للنهى عنه فإن فات المبيع مضى بالثمن لأن بيع الحامل بشرط الحمل مختلف فى صحته ، فإن الشافعى يقول بالصحة — كذا فى الحاشية وظاهره أنه يمضى بالثمن عند الفوات ظهر بها حمل أو لا ، والصواب قصره على ما إذا تبين حملها فإن تبين عدمه مضى بالقيمة كذا فى الا (مج) ، لأن الحامل يزاد فى ثمنها فأخذ ما زيد من الثمن إن تخلف الحمل من أكل أموال الناس بالباطل .

قوله : [فإن قصد التبرى جاز] : ظاهره لا فرق بين الحمل الظاهر والخفى ، ولكن هذا فى غير الآدمى وأما الآدمى فإن قصد التبرى جاز فى الحمل الظاهر كالخفى فى الوخش إذ قد يزيد ثمنها به دون الرائعة ، فإن لم يصرح بما قصد حمل على الاستزادة فى الوخش وفى غير الآدمى . وعلى التبرى فى الرائعة — كذا فى الأصل .

قوله : [كأساس لداره] : أى كالغرر بالنسبة لأساس الدار المبيعة وإلا فالأساس ليس غرراً وكذا يقال فيما بعد .

قوله : [وكجبة محشوة ولحاف] : أى وأما حشو الطراحة ، فلا بد من نظره ولا يغتفر الغرر فيه لكثرته .

قوله : [من الكلاءة بكسر الكاف أى الحفظ] : استشكل ذلك بأن الدين

وفى الحديث : « اللهم كَلاءةً ككلاءةِ الوليدِ » ، وفى القرآن : [قُلْ مَنْ يَكْلَؤُكُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ مِنَ الرَّحْمَـٰنِ] [1] ، وهو (دَيْنٌ بمثله) سمى بذلك لأن كلاً منهما يحفظ صاحبه ويراقبه .

• (وَهو أقسام) ثلاثة :

• الأول (فَسْخُ ما فى الذِّمَّةِ فىمُؤَخَّرٍ) من غير جنسه أو فى أكثر مما لو كان عليه عشرة دراهم فسختها فى دينار أو ثوب متأخر قبضه أو فى أحد عشر درهماً يتأخر قبضها ، وأما تأخيرها أو مع حطيطة بعضها فجائز هذا إذا كان

مكلوء لا كالئ والكالئ إنما هو صاحبه لأنه الذى يحفظ المدين . وأجيب : بأنه مجاز فى إسناد معنى الفعل لملابسه . فحق الكلاءة أن تسند للشخص بأن يقال : كالئ صاحبه فأسندت للدين للملابسة التى بين الدين وصاحبه ، أو : إن كالئاً بمعنى مكلوء ، فهو مجاز مرسل من إطلاق اسم الفاعل وإرادة اسم المفعول لعلاقة اللزوم لأنه يلزم من الكالئ المكلوء وعكسه .

قوله : [وفى الحديث] : إلخ : استدلال على أن الكلاءة معناها الحفظ ، ومعنى الحديث اللهم إنا نسألك حفظاً منك لأنفسنا كحفظ والدى المولود للمولود فوليد بمعنى مولود .

قوله : [وهو أقسام ثلاثة] : أى وهى فسخ الدين فى الدين وبيع الدين بالدين وابتداء الدين بالدين ، وبدأ المصنف بفسخ الدين لأنه أشدها لكونه ربا الجاهلية .

قوله : [وأما تأخيرها] : أى من غير زيادة وقوله أو مع حطيطة بعضها أى بأن يحط عنه البعض ويؤخره بالباقى فإنه جائز ولو كان طعاماً من بيع أو كان نقداً من بيع أو من قرض خلافاً لـ (عب) وليس هذا من فسخ الدين فى الدين بل هو سلف أو مع حطيطة ولا يدخل فى قول المصنف فسخ ما فى الذمة لأن حقيقة الفسخ الانتقال عما فى الذمة إلى غيره كما قاله الأجهورى ، ثم إن قول المصنف فسخ ما فى الذمة أى ولو اتهاماً فلدخل فيه ما إذا أخذ منه فى الدين شيئاً ثم رده إليه بشىء مؤخر من غير جنس الدين أو من جنسه وهو أكثر لأن ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغواً ، ودخل أيضاً ما لو قضاك دينك ثم رددته إليه سلماً وهاتان الصورتان تقعان بمصر للتحيل على التأخير بزيادة .

---

(١) سورة الأنبياء آية ٤٢ .

المفسوخ فيه في الذمة بل (ولو) كان (مُعَيَّنًا) عقاراً أو غيره (يتأخَّرُ قَبْضُهُ).

(كَغَائِبٍ) عن مجلس الفسخ . لأنه لا يدخل فى ضمانه إلا بالقبض مع بقاء الصفة المعينة حين الفسخ.

(و) كأمة (مُوَاضَعَةٍ) فسخها بائعها المدين للمشترى قبل رؤيتها الدمَ فى دين عليه له . أو أن من عنده أمة شأنها أن تتواضع لا يصح دفعها فى دين عليه ؛ لأنها لا تدخل فى ضمان مشتريها إلا برؤية الدم .

(أو) كان المفسوخ فيه (منَافعُ) شيء (مُعَيَّنٍ): كأن يفسخ ما عليه من الدين فى ركوب دابة أو خدمة عبد أو سكنى دار معينة ، وهو مذهب ابن القاسم . وقال أشهب بالجواز. وأما غير المعينة فلا يجوز باتفاقهما فعلم أنه لا يجوز لمن له دين على ناسخ أن يقول له : انسخ لى هذا الكتاب بمالى عليك من الدين ، وأما لو نسخ لك الكتاب أو خدمك بأجر معلوم بغير شرط ، وبعد الفراغ قاصصته بما عليه ، فجائز .

* (و) الثانى : (بَيْعُهُ) أى الدين (بدَيْنٍ) لغير من هو عليه ، (كبيع ما) أى دين (على غَرِيمِكَ بدينٍ فى ذمةٍ) رجل (ثالث) . وأما بيعه

قوله: [بل ولو كان معينًا] : رد بـ « لو » على أشهب وسينبه عليه الشارح ، ومثل الفسخ فى منافع الذات المعينة فى عدم جواز الفسخ فى ثمار يتأخر جذها أو سلعة فيها خيار أو رقيق فيه عهدة ثلاث أو ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد.

قوله :[وقال أشهب بالجواز]: أى وصحح وقد كان الأجهورى يعمل به فكانت له حانوت ساكن فيها مجلد الكتب فكان إذا ترتب له أجرة فى ذمته يستأجره بها على تجليد كتبه وكان يقول هذا على قول أشهب وصححه المتأخرون وأفتى به ابن رشد.

قوله : [وبعد الفراغ قاصصته بما عليه فجائز] : أى لأنه ليس بفسخ ما فى الذمة فى مؤخر بل هو مقاصصة شرعية .

قوله : [فى ذمة رجل ثالث]: أى فلا يتصور بيع الدين بالدين لأقل من ثلاثة بل فى ثلاثة أو أربعة لأنه لا بد فيه من تقدم عمارة ذمة أو ذمتين فالأول يتصور فى ثلاثة كمن له دين على شخص فيبيعه من ثالث لأجل والثانى فى أربعة ومثاله

بحال أو بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع معين فلا يمنع .

• (و) الثالث : (ابتِدَاؤُه) : أى الدين (به) : أى بالدين ؛ (كتأخيرِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ) أكثر من ثلاثة أيام . ومعناه : أن يتعاقدا على أن يسلمه ديناراً فى شىء على أنه لا يأتيه برأس السلم إلا بعد ثلاثة أيام أو أكثر ؛ فإنه ممنوع لما فيه من ابتداء دين بدين . إذ كل منهما أشغل ذمة صاحبه بدينٍ له عليه ، وسيأتى تفصيل المسألة فى باب السلم .

• ولما بين منع الدين بالدين بأقسامه الثلاثة ، شرع فى بيان حكم بيعه بالنقد

بكر له دين على زيد وخالد له دين على عمرو فيبيع خالد دينه الذى على عمرو بدين بكر الذى على زيد وهذه ممتنعة ولو كان كل من الدينين حالاً لعدم تأتى الحوالة هنا فتأمل .

قوله : [أو بمعين يتأخر قبضه] : وسواء كان ذلك المعين عقاراً أو غيره فإذا كان لزيد دين على عمرو فإنه يجوز له بيعه لبكر بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع ذات المعين ؛ وإذا علمت أن الدين يجوز بيعه بما ذكر ولا يجوز فسخه تعلم أن هذا القسم أوسع مما قبله . إن قلت الدينَ لا يجوز بيعه إلا إذا كان على حاضر وكان الشراء بالنقد والمعين الذى يتأخر قبضه ومنافع الذات المعينة ليست نقداً . أجيب بأن المراد بالنقد ما ليس مضموناً فى الذمة ولا شك أن المعين ومنافعه ليست مضمونة فى الذمة لأن الذمة لا تقبلُ المعينات فهى نقد بهذا المعنى وليس المراد بالنقد المقبوض بالفعل فقط .

قوله : [والثالث ابتداؤه] : أى وهو أخف من بيع الدين لجواز التأخير فيه ثلاثة أيام مع أن هذا لا يجوز فى بيع الدين .

قوله : [إلا بعد ثلاثة أيام أو أكثر] : البعدية ظرف متسع فلا حاجة لقوله أو أكثر .

قوله : [ولما بين منع الدين بالدين] : أى الذى هو الكالىء بالكالىء الشامل للأقسام الثلاثة .

قوله : [فى بيان حكم بيعه بالنقد] : إن حقيقة أو حكماً كبيعه بمعين يتأخر قبضه أو منافع معين .

ولا يخلو من هو عليه من كونه ميتًا أو حيًّا حاضراً أو غائبًا فقال :

● (وشَرْطُ) صحة (بَيْعِ الدَّيْنِ : حضورُ المَدِينِ) وذلك يستلزم حياته .

(وإقْرَارُه) به لا إن لم يقرّ ولو ثبت بالبينة ، لأنه من بيع ما فيه خصومة .

(وتَعْجِيلُ الثَّمَنِ) وإلا كان بيع دينٍ بدين وتقدم منعه .

(وكَوْنُهُ) : أى الثمن (من غيرِ جِنْسِهِ) أى الدين (أو بِجِنْسِهِ) فى غير العين .

(واتَّحَدَا قدراً وصِفَةً) لا إن كان أقل ؛ لما فيه من دفع قليل فى كثير وهو سلف بمنفعة .

(وليس) الدين (ذَهَبًا) بيع (بفِضَّةٍ وعكسَهُ) لما فيه من الصرف المؤخر . ولو قال : « وليس عينًا بعين » لكان أحسن ليخرج البدل المؤخر (ولا طعامَ مُعَاوَضةٍ) وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ، وقد ورد النهى عنه .

(لا دينُ ميتٍ) فلا يصح بيعه لأنه من بيع ما فيه خصومة (و) لا دين

قوله : [حضور المدين] : إنما اشترط حضوره ليعلم حاله من فقر أو غنى إذ لا بد من علم ذلك لاختلاف مقدار عوض الدين باختلاف حال المدين بفقر أو غنى والمبيع لا يصح أن يكون مجهولا .

قوله : [وإقراره به] : أى ولا بد أن يكون ممن تأخذه الأحكام .

قوله : [وتعجيل الثمن] : أى حقيقة أو حكمًا كبيعه بمنافع معين يتأخر قبضها لأن قبض الأوائل قبض للأواخر .

قوله : [أو بجنسه] : أى فالشرط أحد أمرين إما كونه من غير جنسه أو بجنسه واتحد قدراً وصفة .

● تنبيه : من اشترى دينًا أو وهب له وكان برهن أو حميل لم يدخل فيه الرهن أو الحميل إلا بشرط دخولهما وحضور الحميل وإقراره بالحمالة وإن كره لمن ملكه ، وهذا بخلاف من ورث دينًا برهن أو حميل فإنه يكون له ما به وإن لم يشترط ذلك . وللراهن وضعه عند أمين إذا كره وضعه عند الوارث .

قوله : [وليس الدين ذهباً] : بقى من الشروط ألا يكون بين المشترى والمدين عداوة فتحصل أن الشروط تسعة : حياته ، وحضوره ، وإقراره ، وكونه ممن تأخذه

(غائِبٍ) ولو قربت غيبته (و) لا دين (حاضِرٍ لم يُقِرَّ بِهِ) وإن ثبت بالبينة لما ذكر .

* (وكَبَيْعِ العُرْبَانِ) بضم فسكون ، اسم مفرد . ويقال : عربون بضم العين وفتحها وهو : (أن) يشترى أو يكترى سلعة و (يُعْطِيهِ شيئاً) من الثمن (على أنَّه) أى المشترى (إنْ كَرِهَ البَيْعَ تَرَكَهُ) للبائع وإن أحبه حاسبه به أو تركه ؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل ؛ ويفسخ . فإن فات مضى بالقيمة ويحسب منها العربون . فإن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه وإن أحبه حسبه من الثمن جاز .

* (وكتفريقِ أمٍّ عاقِلةٍ) مسلمة أو كافرة (فقط) لا بهيمة ولا أب ولا جد (مِنْ وَلَدِها) ولو من زناً (ما لَمْ يَثَّغِرْ) بتشديد المثلثة ويجوز

الأحكام ، وألا يكون بين المشترى وبينه عداوة ، وتعجيل الثمن حقيقة أو حكماً ، وكونه بغير جنسه أو بجنسه واتحد قدراً وصفة وليس عيناً بعين ولا طعام معاوضة .

قوله : [وإن ثبت بالبينة] : راجع لدين الميت وما بعده أى فلا يصح بيع دين من ذكر وظاهره ولو أقر ورثة الميت وكانت تأخذهم الأحكام وقوله لما ذكر أى الذى هو شراء ما فيه خصومة .

قوله : [اسم مفرد] : أى لا جمع ولا اسم جمع .

قوله : [بضم العين وفتحها] : أى مع فتح الراء كحلزون وتبدل العين همزة فى الجميع ففيه لغات ست عربان وإربان كقربان وعربون وأربون بضم الأول فيهما وسكون الثانى وبفتح الأول والثانى .

قوله : [جاز] : أى وتحتم عليه إن كان لا يعرف بعينه كما قال المواق لئلا يتردد بين السلفية والثمنية .

قوله : [وكتفريق أم] : أى فهو منهى عنه لقوله عليه الصلاة والسلام : « من فرق بين أم وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ، والمراد بالأم أم النسب لا أم الرضاع .

قوله : [أو كافرة] : أى غير حربية وأما لو كانت حربية بأن ظفر بالأم دون الولد أو بالعكس فإنه يؤخذ من ظفر به ويباع ولا حرمة فى التفريق .

قلبها مثناة . وذلك لأن أصله يثتغر بمثلثة هى فاء الكلمة ومثناة هى تاء الافتعال فجاز قلب إحداهما من جنس الأخرى ثم تدغم فيها: أى مدة كونه لم تنبت أسنانه بعد سقوط رواضعه (أو) ما لم (ترْضَ) الأم (به) أى بالتفريق، وإلاجاز لأنه من حقها .

(وفُسِخَ) البيع (إنْ لم يَجْمَعْهُما بملكٍ) لا بمجرد حوز بأن أبى المشترى للأم أو الابن أن يشترى الآخر ، فإن جمعهما صح . فإن فات جبراً على جمعهما فى حوز لا يفسخ .

(وأُجْبِرَا على جَمْعِهِما بهِ) : أى بملك (إنْ كان) التفريق (بغيرِ عِوَضٍ) كهبة أو صدقة لأحدهما أو هبتهما لشخصين ببيع أو غيره على الأرجح .

(قيل): يكفى (الحَوْزُ) أى جمعهما فيه (كالعِتْقِ) لأحدهما فإنه يكفى فى الحوز قولا واحداً (وجَازَ بَيْعُ نصفِهما) معاً لشخص وجبراً على جمعهما فى حوز واحد (و) جاز بيع (أحَدِهِما)دون الآخر (للعِتْقِ) وجبراً على جمعهما أيضًا فى حوز واحد ، وقوله : « للعتق » راجع للثانية فقط .

قوله : [وإلاجاز] : أى على المشهور وقيل إنه حق الولد فعليه يمنع ولو رضيت.

قوله : [فإنه يكفى فى الحوز قولا واحداً] : أى لتشوف الشارع للحرية .

قوله : [وجاز بيع نصفهما] : أى لاتحاد المالك سواء كان مشترى الجزء اشتراه للعتق أم لا بدليل التقييد الآتى فمراده بالنصف الجزء من كل استوى الجزءان أو اختلفا وأما لو بيع أحدهما مع جزء الآخر لشخص فنص المدونة المنع خلافًا لأبى الحسن القائل بجوازه كما فى الحاشية .

● تنبيه : يجوز لمعاهد حربى نزل إلينا بأمان ومعه أمة وولدها التفرقة بينهما ويحرم علينا الاشتراء منه ولكنه صحيح وإذا اشترى مسلم الأمة وآخر ولدها وجب عليهما جمعهما فى ملك لمسلم ولا يرد الملك للكافر وصدقت المسبية مع ولدها فى دعواها الأمومة فلا يفرق بينهما اتحد سابيهما أو اختلف إلا لقرينة على كذبها ولا توارث بينهما على كل حال لاحتمال كذبها ولا ميراث مع الشك، أما هى فلا ترثه قطعًا، وأما هو فكذلك إن كان لها وارث ثابت النسب يحوز جميع المال، فإن لم يكن لها وارث على الوجه المذكور ورثها .

* (وكَبَيْعٍ وشَرْطٍ) أى مع شرط (يُنَاقِضُ المقصودَ) من البيع كأن يبيعها بشرط ألاّ يركبها أو لا يبيعها أو لا يلبسها ولا يسكنها أو لا يتخذها أم ولد.

(إلاّ) أن يكون الشرط (تَنْجِيزَ عِتْقٍ) لا كتابتها ولا عتقها لأجل، فإن باع بشرط تنجيز العتق جاز لتشوف الشارع للحرية.

(أو) يكون الشرط (كصَدَقَةٍ): مثلها الهبة والتحبيس، ثم إن باعه بشرط العتق صح (ولا يُجْبَرُ) المشترى عليه (إن أَبْهَمَ البائعُ) فى شرطه ولم يقيد

قوله: [وكبيع وشرط]: اعلم أن الشرط الذى يحصل عند البيع إما أن ينافى المقصود أو يخلّ بالثمن أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه ولا ينافيه فالمضرّ الأولان دون الأخيرين فالذى يناقض المقصود مثله بقوله كأن لا يركبها أو لا يبيعها إلخ، والذى يخل بالثمن بقوله: كبيع بشرط سلف والذى يقتضيه العقد كشرط تسليم المبيع ولم يمثل له هنا وإن كانت أحكامه معلومة مما مضى ومما يأتى فى خيار النقيصة والاستحقاق. والذى لا يقتضيه ولا ينافيه أفاده بقوله: كشرط رهن وحميل فهذا الأخير إن اشترط عمل به وإلا فلا، والشرط الذى قبله لازم له على كل حال، وهذا التفصيل لمالك وذهب أبو حنيفة إلى تحريم البيع مع الشرط مطلقاً لما ورد «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط»، وذهب بعضهم إلى الجواز مطلقاً عملا بما فى الصحيح «أن جابراً باع ناقة لرسول الله صلى الله عليه وسلم واشترط حلابها وظهرها للمدينة»، وذهب بعضهم إلى بطلان الشرط مع صحة البيع مطلقاً لحديث عائشة رضى الله عنها «أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشترى بريرة وأعتقها وإن اشترط أهلها الولاء فإن الولاء لمن أعتق» فجاز البيع وبطل الشرط فأحاط مالك بتلك الأحاديث واستعملها فى مواضعها وتأولها على حسب اجتهاده.

قوله: [ثم إن باعه بشرط العتق]: أى وما ألحق به من صدقة أو هبة أو تحبيس.

قوله: [ولا يجبر المشترى عليه إن أبهم]: حاصله أن شرط تنجيز العتق له وجوه أربعة البيع فيها صحيح وإنما يفترق الحكم فى صفة وقوع العتق من افتقاره لصيغة وعدم افتقاره لها وفى الجبر على العتق وعدمه وفى شرط النقد وعدمه فوجهان لا يجبر فيهما المشترى على العتق ولا يجوز فيهما اشتراط النقد،

بإلزام وإيجاب للعتق وعلى المشترى (كالمُخَيَّرِ فى العِتْقِ ورَدِّ البيع) بأن باعه على أن المشترى مخير بين عتقه ورده لبائعه. فإن اشتراه على ذلك لم يجبر المشترى على العتق فإن لم يعتقه كان للبائع رد البيع وإمضاؤه .

(بخلافِ الاشتِراءِ على) شرط (إيجابِه) أى العتق على المشترى ، بأن شرط عليه البائع ذلك فاشتراه على ذلك فإنه يجبر على عتقه ، فإن أبى أعتقه الحاكم عليه (كالعِتْقِ بالشراءِ) : تشبيه فى لزوم العتق لا بقيد الجبر لأن العتق حاصل بنفس الشراء ولا يحتاج إلى إنشاء بعد . يعنى أنه إذا قال : « إن اشتريته فهو حر أو معتوق » وسواء شرط عليه البائع ذلك أو قاله من نفسه فإنه يعتق عليه بنفس الشراء كما لو قال : « إن تزوجتها فهى طالق » .

* (أو) بيع وشرط (يُخِلُّ بالثَّمَنِ) فهو عطف على : « يناقض المقصود » ومعنى : « يخل بالثمن » بأن يؤدى إلى نقص أو زياد فيه ، ومثّله بقوله :

(كبيعٍ بِشَرْطِ سَلَفٍ) وصورها أربع ؛ لأن البائع إما أن يقول للمشترى : أبيعك هذا على أن تسلفنى كذا ، أو بشرط أن أسلفك ، وإما أن يقول المشترى للبائع : أشتريه منك على أن أسلفك أو على أن تسلفنى كذا ، وأما جمعهما من غير شرط فالراجح الجواز. وأما تُهَمَة بيع وسلف فممنوع كما يأتى فى بيوع الآجال . فالمسائل ثلاثة : بيع بشرط السلف ولو بجريان العرف وهو ما أشار له ، وبيع مع سلف بلا شرط فجائز ،وتهمة بيع وسلف وهو ما يأتى منعه

بل شرط النقد يفسده لتردده بين السلفية والثمنية : الأول إن أبهم البائع فى شرطه العتق بأن قال أبيعك بشرط أن تعتقه ولم يقيد ذلك بإيجاب ولا خيار . والثانى التخيير بأن قال أبيعك على أنك مخير بين عتقه ورد البيع ، ووجهان يخير فيهما ولا يضر شرط النقد الأول منهما : أن يبيعه على شرط أن يعتقه لزوماً لا تخلف له عنه فرضى المشترى بذلك فإنه يجبر على العتق بإنشاء صيغة فإن أبى أعتقه عنه الحاكم ، والثانى : أن يشتريه على أنه حر بنفس الشراء ولا يحتاج هذا إلى إنشاء عتق ولا حكم من حاكم ويكون حرًّا بنفس الشراء وشرط النقد صحيح فيه أيضًا .

قوله : [بأن يؤدى إلى نقص] : أى إن كان المتسلف البائع ؛ وقوله أو زيادة أى إن كان المتسلف المشترى .

فى بيوع الآجال .وليس هو بضعيف .

* (وَصحَّ) البيع (إنْ حُذِفَ الشرطُ) المناقض للمقصود أو المخل بالثمن (ولو غَابَ) المتسلف منهما (عليه) : أى على السلف غيبة يمكن فيها الانتفاع به . قال الشيخ فى التوضيح : ظاهر إطلاقاتهم وإطلاق ابن الحاجب أنه لا فرق فى الإسقاط بين أن يكون قبل فوات السلعة أو بعد فواتها . لكن ذكر المازرى : أن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها فى يد المشترى لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده (ا هـ) . وهو ظاهر إلا أن قوله : « لأن القيمة » إلخ فيه نوع منافاة لقولنا .

قوله : [وليس هو بضعيف] : أى كان حققه (بن) ونصه وذلك أن الصور ثلاث: بيع وسلف بشرط ولو بجريان العرف وهى التى تكلم عليها المصنف هنا يعنى خليلا ، وبيع وسلف بلا شرط لا صراحة ولا حكماً وهى التى أجازوها هنا أيضًا وتهمة بيع وسلف وذلك حيث يتكرر البيع وهى التى تكلم عليها المصنف هناك يعنى فى بيوع الآجال فما أجازوه هنا غير ما منعوه هناك لأن ما هنا فيه التهمة بالدخول على شرط بيع وسلف وسيأتى إن شاء الله ما يدل على أن المنع فيه هو المذهب والله أعلم (ا هـ)، فمراد الشارح بتهمة بيع وسلف التهمة بالدخول على شرط بيع وسلف لا تهمة نفس البيع والسلف كما هو صريح كلام بن.

قوله : [وصح البيع] : أى وليس فيه إلا الثمن الذى وقع به البيع وهذا مع قيام المبيع فإن فات فسيأتى .

قوله : [ولو غاب المتسلف] : أى هذا إذا لم يغب المتسلف على العين التى تسلفها بل ولو غاب عليها إلخ وحاصله أنه إذا أراد السلف لزمه والسلعة قائمة صح العقد ولو بعد غيبة المتسلف غيبة يمكنه فيها الانتفاع به هذا هو المشهور وقول ابن القاسم ومقابله المردود عليه بلو قول سحنون وابن وهب أن البيع ينقض مع الغيبة على السلف ولو أسقط شرط السلف لوجود موجب الربا بينهما وهو الانتفاع .

قوله : [لكن ذكر المازرى] إلخ : كلام المازرى هو الأوجه فى النظر لأننا لو قلنا بالصحة عند إسقاط الشرط بعد الفوات لزم عليه مضى المبيع بالثمن وهو لا يخلو من ضرر على أحد المتبايعين فلذلك عممنا فى الحاصل الآتى بعد .

(وفيه) أى : فى البيع بشرط السلف (إنْ فَاتَ) المبيع بيد المشترى (الأكثرَ مِنَ الثَّمَنِ) الذى وقع به البيع (والقِيمَةِ يوْمَ قَبْضِهِ) من بائعه.

هذا (إنْ أسْلَفَ المشترى) بائعه لأنه لما أسلفه أخذها منه ببخس.

(كالمُنَاقِضِ) :أى كالشرط المناقض فإن فيه الأكثر منهما إذا فات المبيع بيد المشترى ، لأنه بشرطه المناقض يلزم النقص فى الثمن فوجب له الأكثر وهذا قد تركه الشيخ .

(وإلاّ) بأن كان السلف من البائع (فالعكسُ): أى يلزم المشترى الأقل من الثمن والقيمة ، لأن الشأن فى سلف البائع الزيادة على قيمتها فعومل كل بنقيض قصده .

(وجَازَ) فى البيع (شَرْطُ رَهْنٍ وحَمِيلٍ وأجَلٍ) معلوم (وخِيَارٍ) لأنها لا تنافى المقصود ولا تخلّ بالثمن بل هى مما تعود على البيع بمصلحة .

(وكَبَيْعِ الأجِنَّةِ) جمع جنين : وهو ما فى بطن الحيوان من الحمل ، فإنه فاسد للنهى عنه لما فيه من الغرر .

قوله : [إن فات المبيع] إلخ : حاصله أنه إذا وقع البيع بشرط السلف وفاتت السلعة عند المشترى سواء أسقط الشرط أم لا كما هو طريقة المازرى فإن كان المشترى أسلف البائع فإنه يلزمه الأكثر من الثمن والقيمة وإن كان المسلف هو البائع فعلى المشترى الأقل من الثمن والقيمة وهذا التفصيل الذى ذكره المصنف مذهب المدونة ومقابله لزوم القيمة مطلقاً كان المسلف البائع أو المشترى .

قوله : [والقيمة] : أى إن كان المبيع مقوماً وإن كان مثلياً فإنما فيه المثل فهو بمثابة ما لو كان قائماً فرد المثل كرد عينه .

قوله : [شرط رهن] إلخ : أى مثل أن يبيعه السلعة بثمن مؤجل على شرط رهن أو حميل وهذه الأمور المشترطة يقضى بها مع الشرط لا بدونه .

قوله : [فإنه فاسد للنهى عنه] : أى فقد ورد النهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ففسر مالك المضامين ببيع ما فى بطون الإبل من الأجنة والملاقيح بما فى ظهورها من الماء الذى يتكون منه الجنين وحبل الحبلة بتأجيل الثمن إلى أن ينتج النتاج أى تلد الأولاد .

(و) كبيع (ما فى ظُهُورِ الفَحْلِ) : أى ما يتكون من منيه فى رحم الأنثى لشدة الغرر . وأراد بالفحل : الجنس الصادق بالمتعدد ، ولو أفرد ظهور كان أولى .
* (وَكَبيعٍ بعدَ) الشروع فى (نداءِ الجمعةِ) وهو الأذان الثانى الذى بين يدى الخطيب على المنبر للنهى عنه لما فيه من الاشتغال به عن السعى لها (أو بعدَ رُكُونِ السَّائِمِ) سلعة، للنهى عنه لما فيه من وقوع الشحناء بين المشتريين .
* (وكالنَّجْشِ) بفتح النون وسكون الجيم : أى بيعه وهو الزيادة فى المبيع للغرر والناجش هو الذى (يَزِيدُ) فى السلعة على ثمنها لا لإرادة شرائها بل (لِيَغُرَّ) غيره بالزيادة .
(وللمُشْتَرِي رَدُّه) : أى المبيع حيث علم (إنْ لم يَفُتْ ، وإلا فالقِيمَةُ أو الثَّمَنُ) : أى هو بالخيار ، فيلزمه الأقل منهما .
(وجَازَ) لمن أراد شراء سلعة فى المزاد (سؤالُ البَعْضِ) من الحاضرين

قوله : [بعد الشروع فى نداء الجمعة] : تقدم حكمه فى باب الجمعة عند قوله وفسخ بيع ونحوه بأذان ثان فإن فات فالقيمة حين القبض .

قوله : [أو بعد ركون لسائم] إلخ : أى ففى الحديث : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يسوم على سومه » .

قوله : [وكالنجش] : أى لما فى الموطأ عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النجش » .

قوله : [على ثمنها] : أى الذى شأنها أن تباع به تلك السلعة وهو القيمة وعلى هذا فإذا بلغها بزيادته قيمتها فلا حرمة عليه بل قال ابن العربى هو مندوب وقيل هو الذى يزيد فى السلعة ليقتدى به غيره وإن لم يزد على قيمتها، وعلى هذا فالمدار فى الحرمة على زيادته من غير قصد شراء سواء زاد على قيمتها أم لا قصد غرر غيره أم لا فاللام فى قوله لتغر للعاقبة لا للعلة .

قوله : [وللمشترى] : رده أى وله التماسك لأن البيع صحيح .

قوله : [وإلا فالقيمة] : محاصله أن المشترى يخير فى حالة قيام المبيع بين الإجازة والرد وفى حال الفوات يلزمه الأقل من الثمن والقيمة ومقتضى قولهم بيع النجش صحيح اعتبار القيمة يوم العقد لا يوم القبض .

لسومها (ليَكُفَّ عن الزيادةِ) فيها ليشتريها السائل ، قال ابن رشد : ولو فى نظير شىء يجعله لمن كف عن الزيادة ، نحو : كُفَّ عن الزيادة ولك درهم ، ويقضى له به حيث كَفَّ عنها .

(لا) سؤال (الجميعِ) ليكفوا عن الزيادة فلا يجوز لما فيه من الضرر على البائع . ومثل الجميع : من فى حكمهم كشيخ السوق ، فإن وقع خُيِّر البائع فى الرد والإمضاء . فإن فات فله الأكثر من الثمن والقيمة . فإن أمضى فليس لهم مشاركته على الصواب وليس له أن يلزمهم الشركة وهو ظاهر .

* (وكبَيْعِ حاضرٍ سلعةَ عَمُودِىٍّ) للنهى عن ذلك وسواء كان لها ثمن عنده أم لا . ومحل المنع إذا (لم يَعْرِفْ ثَمَنَها) بالحاضرة أو يعرفه ويتفاوت. فإن عرفه وكان لا يتفاوت — كما إذا كان يعلم أن قنطار العسل فى الحاضرة بدينار فباعه له الحاضر بالسعر الواقع — فلا ضرر . لأنه والحالة هذه مجرد وكيل عنه وقيل : يمنع مطلقًا ولو عرف ثمنها، وليس بالبين، والمنع مطلقًا

قوله : [ويقضى له به] : أى ولو لم يشترها الجاعل واستشكل ابن غازى ذلك بأنه من أكل أموال الناس بالباطل ولا سيا إذا كان ربها لم يبعها وقال العبدوسى لا إشكال لأنه عوض على ترك وقد ترك (اه بن) ويجرى مثل ذلك فيمن أراد تزوج امرأة أو يسعى فى رزقه أو وظيفة وجعل لغيره دراهم على الكف فإنها تلزمه ،

قوله : [فإن فات فله الأكثر]إلخ : أى على حكم الغش والخديعة فى البيع.

قوله : [فليس لهم مشاركته] : أى كما اعتمده (بن) خلافًا لما مشى عليه فى الأصل تبعًا ا (عب) .

قوله : [وهو ظاهر] : أى لأن الضرر فى سؤالهم إنما كان على البائع وهو قد رضى حيث أمضى البيع. وأما المشترى فقد سلموا له لما سألهم وأسقطو له حقهم ورضى هو بالشراء وحده فلا يجبر واحداً منهم على الشركة بحال .

قوله : [للنهى عن ذلك] : أى وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « دعو الناس فى غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض» ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «لا يبع حاضر لباد » .

قوله : [وليس بالبين] : أى فالوجه الأول لأن علة النهى ترك المالك فى غفلته وفى هذه الحالة لم يكن عنده غفلة .

(ولو بإرساله) السلعة (إليه) : أى إلى الحاضر ليبيعها له .

(وفُسِخَ) البيع إن لم يفت وإلا مضى بالثمن (وأُدِّبَ) البائع وكذا المالك .

(وجَازَ) للحضرى (الشراءُ له) : أى للعمودى سلعة من الحضر بالنقد لا بغيره من السلع المجلوبة من عنده لأنه من البيع له .

* (وكتَلَقِّى السلَعِ) على دون ستة أميال (أو) تلقى (صاحبِها) القادم قبل وصوله البلد ليشترى منه ما سيصل على الصفة أو ما وصل قبله، فإنه منهى عنه .

(كأخذها منه) أى من صاحبها المقيم (بالبَلَدِ) قبل وصولها (على الصِّفَةِ ، ولو طعامًا) فيمنع قبل إخراجها لسوقها .

(ولا يُفْسَخُ) إن وقع بل يدخل فى ضمان المشترى بالعقد (ولأهْلِ السوقِ مُشَارَكته) فيما اشتراه للتجارة .

قوله : [ولو بإرساله] : رد بلو على الأبهرى القائل بجواز البيع فى هذه الحالة لأنها أمانة اضطر إليها .

● تنبيه : هل يمنع بيع الحاضر لأهل القرى الصغيرة إلحاقًا لهم بالبدو أو يجوز قولان المذهب الجواز .

قوله : [وإلا مضى بالثمن] : هذا هو المعتمد لأنه من المختلف فيه وقيل بالقيمة .

قوله : [وأدب البائع] إلخ : أى إن لم يعذر بجهل وهل الأدب مطلقًا اعتاده أم لا أو إن اعتاده قولان .

قوله : [بالنقد] إلخ : هذا هو المعتمد وقيل يجوز ولو بالسلع سواء حصلها بمال أو بغيره وفصل (عب) فقال: إن حصلها بمال جاز شراؤه له بها وبغير مال لا يجوز أن يشترى له بها لأنه بيع لسلعة .

قوله : [على دون ستة أميال] : وقيل إن النهى إذا كان التلقى على مسافة فرسخ أى ثلاثة أميال فلا يحرم إذا كان على أكثر منه ، وقيل إذا كان على ميل فإن كان على أزيد فلا يحرم والأول أرجحها .

قوله : [بل يدخل فى ضمان المشترى بالعقد] : أى ما لم يكن فيه حق توفية وإلا فلا يدخل فى ضمانه إلا بالقبض وينهى المتلقى عن تلقيه فإن عاد أدب ولا ينزع منه شىء لعدم فساد البيع .

قوله : [ولأهل السوق مشاركته] : أى إن كان لها سوق وإلا فالعبرة بأهل البلد

(وجَازَ لمن) منزله أو قريته (على كستّة أميالِ الأخْذُ) : أى الاشتراء من السلع المجلوبة لبلد (مُطْلَقًا) للتجارة وغيرها كانَ لها سوق أم لا (كمَنْ على أقلّ) من ستة أميال (إنْ لم يكن لها سُوقٌ ، وإلا) . بأن كان لها سوق تباع فيه . (فما يَحْتَاجُهُ لقُوتِهِ فقط) كذا ذكره بعضهم معترضًا على الشيخ .

● ولما أنهى الكلام على البياعات المنهى عنها أتبعه بما يوجب الضمان في الفاسد على المشترى فقال :

● (ولا يَنْتَقِلُ ضمانُ) مبيع البيع (الفاسِدِ) للمشترى (مُطْلَقًا) متفقًا على فساده أو مختلفًا فيه ، نَقَدَ الثمن أم لا ، كان المبيع فى صحيحه يدخل

وقيل يختص بها مطلقًا كان لها سوق أم لا شهره القاضى عياض .

قوله : [وجاز لمن منزله أو قريته] : إلخ حاصلُ ما قاله الشارح فى مسألة التلقى أن الشخص إما أن يكون خارجًا من البلد المجلوب إليه التجارة أو منزله خارج عنه تمر به التجارة ، فمتى كان خارجًا لستة أميال أو منزله على ستة أميال جاز له الشراء مطلقًا للتجارة أو للقنية ، كان لتلك السلع سوق بالبلد أم لا وإن كان على دون ستة أميال فالخارج يحرم عليه الشراء مطلقًا للتجارة أو القنية كان للسلع سوق أم لا ، ومن منزله على دون ستة أميال جاز له الأخذ لقوته مطلقًا وللتجارة إن لم يكن للسلع سوق وهذا الحاصل الذى قاله الشارح زبدة الخلاف الذى فى المذهب .

قوله : [فى الفاسد] : أى من تلك البياعات المنهى عنها لأن بعضها فاسد وبعضها غير فاسد كما تقدم .

قوله : [ولا ينتقل ضمان مبيع البيع الفاسد] إلخ : اعلم أن المنتقل بالقبض عند ابن القاسم ضمان لأصالة لا ضمان الرهان المفصل فيه بين ما يغاب عليه وغيره وبين قيام البينة وعدمه خلافًا لسحنون القائل : إنه لا يضمن المشترى بالقبض فى الفاسد إلا إذا كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة ؛ لأن المشترى لم يقبضه إلا لحق نفسه على نحو ما يقبضه المالك لا توثقة كالرهان ولا للانتفاع به مع بقاء عينه على ملك المالك كالعوارى ولا دخل على احتمال رده كالخيار قال (بن) : ولا يتوقف القبض على الحصاد وجذ الثمرة حيث كان البيع بعد استحقاقهما ، وقوله

فى ضمان مشتريه بالعقد أو بالقبض كالمثلى (إلا بِقَبْضِهِ) من بائعه .

(ورُدَّ) لبائعه وجوبًا إن لم يفت ولا يجوز لمشتريه الانتفاع به ما دام قائمًا .

* (ولا غَلَّةَ) لبائعه بل يفوز بها المشترى لأنه فى ضمانه والغلة بالضمان ، (ولا رُجُوعَ) للمشترى على البائع (بالنَّفَقَةِ) التى أنفقها على المبيع فاسدًا ؛ لأن النفقة فى نظير الغلة تساويا أو لا .

ولا ينتقل ضمان الفاسد إلخ الحصر بالنسبة لانتقال الضمان وأما الملك فإنما ينتقل للمشترى بالفوات بعد القبض ومحل انتقال ضمان الفاسد بالقبض إذا كان المبيع الفاسد منتفعًا به شرعًا ويقبل البيع فخرج شراء الميتة والزبل فإن ضمانه من بائعه ولو قبضه المشترى ، وأما نحو كلب الصيد وجلد الأضحية فالقيمة بإتلافه للتعدى لا للقبض حتى لو تلف بسماوى كان ضمانه من البائع .

قوله : [بالعقد] : أى وهو ما ليس فيه حق توفية ونحوه وقوله كالمثلى مثال لما يدخل فى ضمانه بالقبض حيث لم يبع المثلى جزافًا وإلا دخل بالعقد كما تقدم وأدخلت الكاف ما فيه مواضعة وعهدة ثلاث والغائب .

قوله : [ورد لبائعه] إلخ : أى من غير احتياج لحكم إن كان مجمعًا على فساده وأما إن كان مختلفًا فى فساده فلا بد من فسخ الحاكم أو من يقوم مقامه.

قوله : [ولا غلة لبائعه] : أى إلا أن يشترى وقفًا على غير معين واستغله عالمًا بوقفيته وسيأتى ذلك .

قوله : [بل يفوز بها المشترى] : أى إلى الحكم برد المبيع وقوله لأنه فى ضمانه ، علة للفوز بالغلة أى لأن الخراج بالضمان وعلمه بالفساد وبوجوب الرد لا ينفى الضمان عنه ولو فى بيع الثنيا الممنوعة بل عليه الضمان وله الغلة متى قبضه على الراجح وهو المعروف فى مصر ببيع المعاد بأن يشترط البائع على المشترى أنه متى أتى له بالثمن عاد له المبيع ، فإن وقع ذلك الشرط حين العقد أو تواطآ عليه قبله كان البيع فاسدًا ، ولو أسقط الشرط لتردد الثمن بين السلفية والثمنية ، وأما إذا تبرع المشترى للبائع بذلك بعد العقد بأن قال له متى رددت إلىّ الثمن دفعت لك المبيع كان البيع صحيحًا ولا يلزم المشترى الوفاء بذلك الوعد بل يستحب فقط .

قوله : [تساويا أو لا] : أى كما فى المواق واقتصر عليه فى الـ (مج) وقيل ما لم تزد

(إلا ما لا غَلَّةَ له) فله الرجوع على البائع بها .

* (فإنْ فَاتَ) المبيع فاسداً بيد المشترى (مَضَى المُخْتَلَفُ فيه) : أى في فساده ولو خارج المذهب (بالثَّمَنِ) الذى وقع فيه البيع فاسداً .

(وإلا) يكن مختلفاً فيه ، بل كان متفقاً على فساده عند جميع الناس (فالقِيمَةُ) تعتبر (يَوْمَ القَبْضِ) : أى قبض المشترى له إن كان مقوماً (ومِثْلُ المِثْلِىِّ إنْ) كان مثلياً و (عُلِمَ) قدره (ووُجِدَ) فى البلد ، وإلا فقيمته أيضاً لكن يوم الحكم عليه بها . وهذا فى غير الحبس ، وأما هو فيرد لأصله ولو بعد سنين كثيرة . ويرجع مشتريه على البائع بالثمن أو بقيمته إن كان مُقوَّماً وفات . ويرد الغلة للمستحقين إن كان البائع غيرهم بلا إذن منهم .

النفقة وإلا فيرجع بالزائد .

قوله : [إلا ما لا غلة له] : أى كما إذا سقى زرعاً وثمراً لم يبد صلاحه وحصل الرد قبل بدوه .

قوله : [مضى المختلف فيه] إلخ : هذه قاعدة أغلبية إذ قد يكون مختلفاً فيه ويمضى بالقيمة كالبيع وقت نداء الجمعة .

قوله : [وإلا يكن مختلفاً فيه] إلخ : إشارة لقاعدة أخرى وهى كل فاسد متفق على فساده فإنه يمضى بالقيمة وتعتبر يوم القبض .

قوله : [لكن يوم الحكم عليه بها] : ولا ينتظر لوقت وجوده إذا تعذر رده بخلاف الغاصب فإنه إذا تعذر عليه وجود المثل فإنه يصبر عليه لوقت الوجود ، ويؤخذ منه المثل لا القيمة يوم القضاء بالرد .

قوله : [وأما هو فيرد لأصله] : أى ولا يمضى البيع فيه بوجه من الوجوه .

قوله : [ويرد الغلة للمستحقين] إلخ : حاصله أن من اشترى وقفاً على غير معين واستغله عالماً بوقفيته فإنه يلزمه رد الغلة لمستحقها وكذا إن كان موقوفاً على معين وعلم بوقفيته عليه ولم يرض ذلك المعين ببيعه بخلاف ما إذا ظهر أنه وقف على معين وهو راض ببيعه فإن المشترى يفوز بالغلة ولو علم بالوقفية وإنما يعتبر رضا الرشيد دون غيره .

• ثم شرع في بيان ما يفوت به المبيع في الفاسد بقوله :

(والفَوَاتُ) يكون: (بتغَيير سُوقِ غيرِ المثْلِيّ) ، وأما المثلى فلا يفوت بتغير سوقه ، وهذا ما لم يبع جزافًا ، وإلا فيفوت بتغير سوقه واللازم فيه القيمة (و) غير (العقار) كالعروض والحيوان ، وأما العقار : وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر فلا تفوت بتغير سوقه كالمثلى ويرد بعينه . (وبطولِ زمَانِ حيوانٍ) عند المشترى بعد قبضه ولو لم يتغير سوقه ولا ذاته .

والطول (كشهرٍ) كما في المدونة وفيها في محل آخر ما يفيد أن الثلاثة لا تفيت. وحمل على حيوان شأنه عدم التغير في الشهر والشهرين والثلاثة، والشهر فيما شأنه التغير ؛ فلا خلاف في المعنى .

(و) يحصل الفوات (بالنَّقْلِ) : أى بنقل المبيع فاسداً من محل (لمحلّ) آخر (بكلفَةٍ) في الواقع وإن لم يكن على ناقله كلفة كحمله على دوابه بعبيده أو في سفينة . وقول الشيخ : « لبلد » ليس بلازم . إذ المدار على نقله لمحل فيه مشقة وبُعدٌ ، يلزم على رده — بعينه — المشقةُ ، فيلزمه قيمة المقوّم ومِثل المثلى في المحل الذى نقل منه لا البلد المنقول إليه . فإن لم يكن في نقله كلفة ولو لبلد آخر لم يفُتْ : كالعبد والحيوان فيرد بعينه إلا أن تكون الطريق مخوفة .

(و) يحصل الفوات (بتَغَيُّرِ الذاتِ) للمبيع فاسداً بعيب كعور وعرج أو غيره كصبغ وطحن وخبز بل (وإن بسِمَنٍ) لدابة (أو هُزَالٍ) لدابة وغيرها

قوله : [فلا يفوت بتغير سوقه] : أى لأن غالب ما يراد له العقار القنية فلا ينظر فيه لكثرة الثمن ولا لقلته .

قوله : [وفيها في محل آخر] : حاصله أن الإمام رضى الله عنه رأى مرة أن بعض الحيوانات يفيته الشهر لمظنة تغيره فيه لصغر ونحوه فحكم بأن الشهر فيه طول ، ورأى مرة أن بعض الحيوانات لا يفيته الشهران والثلاثة لعدم مظنة تغيره في ذلك فحكم فيه بأنه ليس بطول ومن المعلوم أن الحكمين المختلفين لاختلاف محلهما ليس بينهما خلاف حقيقى، ولذلك قال الشارح فلا خلاف في المعنى .

قوله : [إلا أن تكون الطريق مخوفة]: مثل الخوف على ما ذكر أخذ المكس وأجرة الركوب إن عظمت .

كعبد وأمة ، فيلزمه قيمة المقوم ومِثْل المثلىّ .وما ذكرناه من أن اللازم فى الفوات هو قيمة المقوم ومثل المثلى هو طريقة ابن يونس وابن بشير وابن الحاجب والشيخ . ولابن رشد واللخمى والمازرى طريقة أخرى: وهى أن اللازم فى الفوات القيمة مطلقاً فى المقوم والمثلى، وأن المشهور أن المثلى لا يلحقه فوات فى تغير سوق ولا ذات ولا نقل بمشقة لأن مثله يقوم مقامه إذ اللازم فى هذه الأحوال المثل على الراجح. ومقابله يقول بفواتها بأحد هذه الأحوال واللازم القيمة كالمقوم .

(وبالوَطْءِ) لأمة ولو ثيباً وخشاً إذا كان من بالغ أو من صبى افتضّ بكراً لأنه من تغير الذات .

(وبالخُروج عن اليدِ) : أى يد مشتريها فاسداً (بِكَبَيْعٍ صَحِيحٍ) لا فاسد فلا يفيت . وبيع بعض ما لا ينقسم ولو قلّ ، كبيع الكل كأكثر ما ينقسم وإلا فات منه ما بيع فقط . وأدخلت الكاف الهبة والصدقة والحبس .

(وتَعَلُّقِ حقٍ) بالمبيع فاسداً لغير مشتريه (كَرَهْنٍ) له فى دين (وإجارةٍ) لازمة بأن كانت وجيبة أو نقد كراء أيام معلومة .

قوله : [وبالوطء] : أفهم أن المقدمات لا تفيت وأما الخلوة بها فإن ادعى وطأها صدق عليه أو وخشا صدقه البائع أو كذبه فتفوت فى هذه الصور وإن أنكر صدق فى الوخش صدقه البائع أو كذبه وفى العلية إن صدقه البائع ولكن إذا ردت تستبرأ فإن كذبه فاتت .

قوله : [كأكثر ما ينقسم] : المراد بالأكثر ما زاد على النصف .

قوله : [وأدخلت الكاف الهبة] إلخ : أى والعتق بأى جه من وجوهه .

قوله : [كرهن له فى دين] : أى ولم يقدر على خلاصه لعسر الراهن فلو قدر لم يكن فوتا .

قوله : [وإجارة لازمة] إلخ : أى لم يقدر على فسخها بتراض وإلا لم تكن فوتاً وهذا فى رهن وإجارة بعد القبض له وأما قبل قبضه من بائعه ففيه خلاف كما إذا باعه بيعاً صحيحاً قبل قبضه فقيل يفوت بذلك وقيل لا يفوت واستظهر (ح) الفوات ومحل القولين ما لم يقصد بما ذكر الإفاتة وإلا فلا يفيته اتفاقاً معاملة له بنقيض قصده فى غير العتق .

(و) يحصل الفوات (بحفرِ بئرٍ أو) حفر (عينٍ بأرضٍ) بيعت بيعاً فاسداً (وبغرسٍ) لشجر فيها (وبناءٍ) الواو بمعنى: أو (عظيمَيِ المؤنة). ومثلهما: القلع والهدم لأنهما من تغير الذات. ومفهوم: «عظيمَيِ المؤنة» أنهما لو كانا خفيفين كشجرة أو شجرتين ونحوهما، وكحائط خفيف لم تفت بهما الأرض، وهو كذلك؛ فتردُّ الأرض لبائعها وللمشترى والبانى أو الغارس قيمة ما بناه أو ما غرسه قائماً على التأبيد لأنه فعله بوجه شبهة.

انظر تفصيل المسألة فى الأصل مع ما بينه شراحه.

* (وارْتَفَعَ حُكْمُ الفَوَاتِ) – وهو لزوم القيمة أو الثمن فى المختلف فيه – (إن عَادَ المَبيعُ) فاسداً لأصله؛ بأن رجع للمشترى بعد خروجه من يده ولو اضطراراً، كإرث، أو زال ما به من عيب أو غيره (إلا تَغَيُّرَ السُّوقِ) إذا فات

قوله: [عظيمى المؤنة]: صفة لغرس وبناء ولا يرجع لبئر وعين لأن شأنهما ذلك ويعلم منه أن بئر الماشية ليست مفيتة ما لم يحصل فيها عظم مؤنة بالفعل.

قوله: [ومثلهما القلع والهدم] أى وأما الزرع فلا يفيت بل يرد المبيع؛ ثم إن كان الفسخ والرد فى إبان الزراعة فعلى المشترى كراء المثل ولا يقلع زرعه، وإن كان بعد فواته فلا كراء عليه وفاز بذلك الزرع لأنه غلة.

قوله: [انظر تفصيل المسألة فى الأصل] إلخ: حاصله أنه إن أحاط البناء والغرس بالأرض كالسور فإن كان عظيمى المؤنة أفاتا الأرض وإلا فلا يفيتان شيئاً وإن عم الأرض كلها أو جلها كنصفها عند ابن عرفة فإنهما يفيتان الأرض بتمامها عظمت مؤنتهما أم لا فإن عم الثلث أو الربع ومثلهما النصف عند أبى الحسن فاتت جهته فقط وإن لم تعظم مؤنتها فإن عم أقل من الربع فلا يفيت شيئاً منها ولو عظمت المؤنة ويعتبر كون الجهة الربع أو أكثر أو أقل بالقيمة يوم القبض لا بالمساحة وإذا لم يكن الغرس أو البناء مفيتاً إما لنقص محلهما عن الربع أو لعدم عظم المؤنة فيما يعتبر فيه العظم فإنه يكون للبائع الأرض وللمشترى قيمة غرسه أو بنائه قائماً على التأبيد على ما للمازرى وابن محرز كما ذكره الشارح.

قوله: [إلا تغير السوق]: أى لأن تغير السوق الذى أوجب الفوات ليس من سبب المشترى فلا يتهم على أنه حصله لتفويت السلعة فلذا إذا عاد السوق الأول

به ثم رجع لأصله ، فلا يرتفع به حكمه ووجب على المشترى ما وجب .

لم يعد بخلاف نحو البيع والصدقة والنقل فإنه يتهم على فعله ذلك للتفويت فإذا حصل شيء من ذلك حكمنا بالفوات نظراً لظاهر الحال فإذا زال حكمنا بزوال حكمه نظراً للاتهام ولا يقال إن تغير الذات ليس من سببه لأنه يقال قد يحصل منه بتجويع أو تفريط فى صونه أو غير ذلك فالغالب كونه من سببه وحمل غير الغالب عليه .

قوله : [ووجب على المشترى ما وجب] : أى فى غير المثلى والعقار وهو الحيوان والعروض وأما المثلى والعقار فقد مر أنهما لا يفوتان بتغير الأسواق .

فصل فى بيان حكم بيوع الآجال

● وهو بيع المشترى ما اشتراه لبائعه أو لوكيله لأجل .

وهو بيع ظاهره الجواز ، لكنه قد يؤدى إلى ممنوع ؛ فيمتنع ولو لم يقصد فيه التوصل إلى الممنوع ، سداً للذريعة التى هى من قواعد المذهب .

والحاصل أن ما أدى إلى الواجب واجب ، وما أدى إلى الحرام حرام ولو لم

فصل :

قوله : [لبائعه] : متعلق ببيع .

وقوله : [لأجل] : متعلق باشتراه .

قوله : [وهو بيع ظاهره الجواز] : واعتبر الشافعى ذلك ، فعنده بيوع الآجال جائزة فى جميع الصور .

قوله : [سداً للذريعة] : الذريعة بالذال المعجمة : الوسيلة إلى الشىء وأصلها عند العرب ما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتنضبط به . ثم نقلت إلى البيع الجائز المتحيل به على ما لايجوز ، وكذلك غير البيع على الوجه المذكور ، فهى من مجاز المشابهة .

والذرائع ثلاثة : ما أجمع على إلغائه كالمنع من زرع العنب لأجل الخمر ، وما أجمع على إعماله كالمنع من سبّ الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله عند ذلك ، وما اختلف فيه كالنظر للأجنبية والتحدث معها وبيوع الآجال . ومذهب مالك منعها ابن عرفة : بيوع الآجال يطلق مضافاً ولقباً . الأول : ما أجل ثمنه العين وما أجل ثمنه غيرها سلم . والثانى : لقب لتكرر بيع عاقدى الأول ولو بغير عين قبل انقضائه ، وقوله : لتكرر إلخ أخرج به عدم تكرر البيع فى العقدة وتكررها من غير عاقد الأول (اهـ . خرشى) .

قوله : [وما أدى إلى الحرام حرام] : فالحرام ؛ كسلف جر نفعاً أو ضمان بجعل أو شرط بيع وسلف أو صرف مؤخر أو بدل مؤخر أو فسخ ما فى مؤخر أو غير

يقصد الحرام ، كما أن ما أدى إلى الجائز جائز كما فى بعض مسائل هذا الباب ولذا قال :

• (يُمْنَعُ) من البيوع (ما أدَّى لِمَمْنُوعٍ يَكْثُرُ قَصْدُهُ) : للمتبايعين ولو لم يقصد بالفعل .

* (كَسَلَفٍ بمنفعةٍ) : أى كبيع أدى إلى ذلك ؛ كبيعه سلعة بعشرة لأجل ثم يشتريها بخمسة نقداً أو إلى أجل أقل فقد آل الأمر إلى رجوع السلعة لربها وقد دفع قليلا عاد إليه كثيراً .

ذلك من علل المنع الآتية .

قوله : [يكثر قصده] : أى لا ما قل قصده فلا يمنع لضعف التهمة كتهمة ضمان بجعل وتهمة : أسلفنى وأسلفك . فمثال الأول : أن يبيعه ثوبين بدينار لشهر ثم يشترى منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار ، فيجوز ولا ينظر لكونه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما وهو الثوب الذى اشتراه مدة بقائه عنده بالآخر لضعف تهمة ذلك وقلة قصد الناس إلى ذلك ، وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف فى منعه ؛ لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا يفعل إلا لله . ومثال الثانى : أن تبيعه ثوباً بدينارين إلى شهر ثم تشتريه منه بدينار نقداً أو ديناراً إلى شهرين ، فآل أمر البائع إلى أنه دفع الآن ديناراً سلفاً للمشترى ويأخذ عند رأس الشهر دينارين ؛ أحدهما عن ديناره ، والثانى : سلف منه يدفع له مقابله عند رأس الشهر الثانى ، فلا يمنع أيضاً لضعف التهمة . لأن الناس فى الغالب لا يقصدون إلى السلف لا ناجزاً لأبعد مدة كذا فى الأصل .

قوله : [ولو لم يقصد بالفعل] : فى المواق عن ابن رشد أنه لا إثم على فاعله فيما بينه وبين الله حيث لم يقصد الأمر الممنوع .

قوله : [كسلف بمنفعة] : أدخلت الكاف باقى العلل المحرمة .

قوله : [أى كبيع أدى إلى ذلك] : أى ، ففى الظاهر جائز وباعتبار ما يئول إليه حرام .

قوله : [بخمسة نقداً] إلخ : ومثل ذلك فى النهى ما إذا اشتراها بأكثر لأبعد كما يأتى .

* (ودَيْنٍ بدَيْنٍ) : أى وكبيع أدى إلى ذلك كمـــا لو باعها بعشرة لأجَل واشتراها بمثلها للأجل ، وشرطا نفى المقاصة ؛ فالسلعة رجعت لربها وكل منهما ابتدأ فى ذمة صاحبه دينًا . وسيأتى تفصيله .

* (وصَرْفٍ مُؤخَّرٍ) : أى وكبيع أدّى لذلك ، كما لو باعها بعشرة دنانير لأجل واشتراها بمائة درهم حالة أى ولأجل أقل أو أكثر .

● وأصل صور هذا الباب اثنتا عشرة صورة يمنع منها ثلاثة ويجوز الباقى . وقد أشار لذلك بقوله :

* (فمَنْ بَاعَ) شيئًا (لأجَلٍ ثم اشتراه) هو أو وكيله من المشترى أو وكيله

قوله : [واشتراها بمثلها للأجل] : لامفهوم لقوله : « بمثلها » بل لو اختلف الثمن كما يأتى . والمدار فى الحرمة على شرط عدم المقاصة سواء كان الثمن الثانى مساوياً للأول أو أقل أو أكثر .

قوله : [وصرف مؤخر] : مثله البدل المؤخر كما يأتى .

قوله : [أو لأجل أقل أو أكثر] : لامفهوم لذلك بل مثلها للأجل نفسه لأن جميع صور الصرف ممنوعة كما يأتى .

قوله : [يمنع منها ثلاثة ويجوز الباقى] : أى عند وجود الشروط الآتية وإلا فتارة يمنع أكثر من دلك .

قوله : [فمن باع شيئاً لأجل] : تضمنت هذه العبارة شروط بيوع الآجال الخمسة : وهى أن تكون البيعة الأولى لأجل والمشترى ثانياً هو البائع أولا أو وكيله ، والمباع ثانياً هو المباع أولا ، والبائع الثانى هو المشترى أولا أو وكيله ، والثمن الثانى بصفة الثمن الأول ، وتعجيل الثمن الثانى كله أو تأجيل كله ، بدليل قول المتن الآتى : « ولو عجل بعضه امتنع » إلخ ؛ فتكون الشروط ستة .

وقوله : [شيئاً] : أى مقوماً . وأما المثلى فله مزيد أحكام ستأتى فى قوله : « والمثلى صفة وقدراً كعينه » إلخ .

قوله : [ثم اشتراه] : ليس المقصود من ثم التراخى بل لافرق بين التراخى وغيره وفاعل « اشتراه » هو فاعل « باع » والضمير المنصوب عائد على الشىء المشترى . والمراد اشتراه لنفسه ، وأما لو اشتراه لغيره كمحجوره مثلا فهو مكروه فقط .

(بجنس ثمنه) الذى باعه به (من عينٍ أو طعامٍ أو عَرْضٍ) بيان للثمن ؛ (فإمّا) أن يشتريه (نَقْداً أو للأجل) الأول ، (أو أقلّ) منه (أو أكثرَ) منه ؛ فهذه أربع صور بالنسبة للأجل الأول وفى كل منها ؛ إما أن يشتريه (بمثلِ الثَّمَنِ) الأوّل قدراً (أو أقلَّ أو أكثرَ) فهذه اثنتا عشرة صورة (يُمْنَعُ منها ثلاثٌ وهى) ، أى الثلاث :

(ما تَعَجَّلَ فيه) الثمن (الأقلُّ) : كأن يبيعها بعشرة لرجب ثم يشتريها بثمانية نقداً ، أو لدون رجب . أو بأكثر من العشرة لأبعد من رجب كشعبان لما فيه من السلف بمنفعة وتجوز التسعة الباقية .

(فيجوز تَسَاوِى الأجَلَيْنِ) سواء كان الثمن مساوياً للأول أو أقل أو أكثر (أو) تساوى (الثَّمَنَيْنِ) سواء اتحد الأجلان أو اختلفا

قوله : [بجنس ثمنه] : المراد بالجنس الاتحاد معه فى الصفة ؛ بدليل ما يأتى من منع البيع بذهب وشرائه بفضة وعكسه فى جميع الصور ومنعه بسكتين إلى أجل . وحكم ما إذا اشتراه بعرض مخالف فإن لهذه أحكاماً تخصها غير ما هنا .

قوله : [فهذه اثنتا عشرة صورة] : أى من ضرب أحوال الثمن الثلاثة فى أحوال الأجل والنقد وإن شئت قلت : وفى كل من الاثنتى عشرة : إما أن تكون العقدة الثانية فى مجلس العقدة الأولى أو لا ، وفى كل : إما أن تكون السلعة قد قبضها المشترى الأول أو لا ؛ فهذه ثمان وأربعون . وإن شئت قلت : وفى كل إما : أن يكون الثمنان عيناً أو عرضاً . ومرادهم بالعرض : ما يشمل الحيوان وطعاما ؛ فتبلغ الصور مائة وأربعة وأربعين .

قوله : [لما فيه من السلف بمنفعة] : أى والمسلف فى الصورتين الأوليين البائع الأول . وفى الثالثة البائع الثانى ومحل منع الثالثة ما لم يدخلا على المقاصة وإلا فلا تحرم كما يأتى .

قوله : [فيجوز تساوى الأجلين] : أى إن لم يشترطا نفى المقاصة وإلا منع كما يأتى .

قوله : [سواء اتحد الأجلان] : لاحاجة له لأنها إحدى صور تساوى

(كاختلافِهما) أى الأجلين والثمنين بالقلة أو الكثرة (إذا لم يَرْجِعْ للْيَدِ السَّابِقَةِ بالعَطاءِ أكثَرُ) فإن رجع لها أكثر منع ، وهى الثلاثة المتقدمة ؛ وهذا معنى قولهم : إن تساوى الأجلان أوالثمنان فالجواز . وإلا فانظر لليد السابقة بالعطاء فإن دفعت قليلا عاد إليها كثير منع ، وإلا فلا .

* وهذا إن عجل الثمن الثانى كله أو أجله كله . وأما لو نقد بعضه وأجل بعضه فأشار له بقوله :

(ولو أجَّلَ بَعْضَهُ) : أى الثمن الثانى ونقد بعضه (امتَنَعَ) من الصور (ما تَعَجَّلَ فيه الأقلُّ بعضُهُ) : أى بعض الأقل وسواء فيهما تعجل على جميع الأكثر أو بعضه ؛ فالصور أربعة .

مثال ما تعجل فيه الأقل على كل الأكثر : أن يبيع السلعة بعشرة لأجل ثم يشتريها منه بثمانية أربعة نقداً وأربعة لدون الأجل ، فآل أمره إلى أنه دفع ثمانية أخذ عنها عند الأجل عشرة . ومثال ما تعجل فيه الأقل على بعض الأكثر : أن يبيعها بعشرة لأجل ثم يشتريها باثنى عشر خمسة نقداً والسبعة لأجل

الأجلين فهو مكرر فيتعين فرض ما هنا فى تساوى الثمنين واختلاف الأجلين أو كون الثانى نقداً .

قوله : [كاختلافهما] إلخ : أى وتحته ثلاث صور ، وهى : كون الثمن الثانى بأكثر نقداً ، أو لدون الأجل ، أو بأقل ، لأبعد من الأجل . فتحصل من تساوى الأجلين ثلاث ، ومن تساوى الثمنين مثلها ، ومن اختلاف الثمنين والأجلين ست ، ثلاث ممنوعة وثلاث جائزة ، تضم لصور اتحاد الثمن واتحاد الأجل وأمثلتها واضحة .

قوله : [فالصور أربعة] : أى فالممنوع أربع من تسع لسقوط صور النقد الثلاث من الاثنتى عشرة التى بنى الباب عليها ، والجائز خمس وهى : أن يشترى السلعة التى باعها لأجل بعشرة مثل الثمن الأول ، لكن خمسة منها نقداً ، وخمسة لدون الأجل أو للأجل أو لأبعد أو يشتريها باثنى عشر خمسة نقداً . وسبع لدون الأجل أو للأجل نفسه . وحاصل هذه الصور التسع أن تقول : إذا كان الثمن الثانى أقل منع مطلقاً كان البعض المؤجل أجله أبعد من

أبعد ، فآل الأمر إلى أن البائع الأول تعجل الأقل وهى العشرة عند أجلها خمسة منها فى نظير الخمسة التى نقدها وخمسة يدفع عنها سبعة عند أجلها وصدق عليه أنه تعجل الأقل على بعض الأكثر . ومثال ما تعجل فيه بعض الأقل على جميع الأكثر : أن يبيعها بالعشرة إلى أجل ثم يشتريها بثمانية، أربعة منها نقداً وأربعة للأجل نفسه، فآل الأمر إلى أنه عند الأجل تقع المقاصة فى أربعة، ويأخذ عن الأربعة التى نقدها ستة. ومثال ما عجل فيه بعض الأقل على بعض الأكثر أن يشتريها فى الفرض المذكور بثمانية ، أربعة نقداً وأربعة لأبعد من الأجل، فرجع الحال إلى أن المشترى الأول دفع عشرة عند أجلها ستة منها فى نظير الأربعة، والأربعة الأخرى يأخذ عنها أربعة عند أجلها .

● ولما كان قد يعرض المنع للجائز فى الأصل، والجواز للممتنع ؛ نبَّه على ذلك — مشبها فى المنع — قوله :

(كتَسَاوِى الأجليْنِ) فإنه يمتنع (إنْ شَرَطَا) عند الشراء (نَفْىَ المُقَاصَّةِ) وسواء كان الثمن الثانى مساويًا للأول أو أكثر أو أقل (للدَّيْنِ بالدَّيْنِ) : أى لابتداء الدين بالدين لأن كل واحد منهما قد أشغل ذمة صاحبه بماله عليه . ومفهومه أنهما لو شرطاها أو سكتا جاز وهو ما تقدم .

(ولذا) : أى ولأن للشرط المتعلق بالمقاصة تأثيراً ثبوتًا أو نفيًا (صَحَّ) البيع (فى أكثَرَ) من الثمن الأول (لأبْعَدَ) من الأجل الأول (إذا شَرَطَاهَا)

الأجل الأول أو مساوياً له أو دونه ، وإن كان الثمن الثانى قدر الأول جاز مطلقاً فى الأحوال الثلاثة وإن كان أكثر منعت واحدة وهى ما إذا كان البعض مؤجلا لأبعد .

قوله : [إن شرطا] : هكذا بالبناء للفاعل مع ضمير يعود على البائع والمشترى والأولى أن يقول : إن شرط — بالبناء للمجهول — كان الشرط منهما أو من أحدهما .

قوله : [صح البيع فى أكثر] : لامفهوم لقوله : « فى أكثر » لأبعد إذ باقى الصور الممنوعة كذلك وهى شراؤها ثانيًا بأقل نقداً أو لدون الأجل كما فى (ح) ومشى عليه فى الدمج..

للسلامة من دفع قليل فى كثير ، فلو سكتا عن شرطهما بقى المنع على أصله .

* (ومُنِـعَ) البيع (بذَهَبٍ) مؤجل (و) شراؤها (بفضّةٍ) وعكسه فى الصور الاثنتى عشرة — تقدمت الفضة على الذهب أو تأخرت — فقد صارت أربعاً وعشرين صورة (للصَّرْفِ المُؤَخَّرِ) : أى تهمة ذلك .

(ولِذَا) أى ولأجل أن تهمة الصرف المؤخر توجب المنع لو انتفت التهمة كما (لَوْ عَجَّلَ) من أحد النقْدين (أكثَرَ مِنْ قِيمةِ المتأخّرِ جدًّا) بأن تبلغ الكثرة النصف فأكثر — كبيع ثوب بدينار أو دينارين لشهر ثم اشتراه بستين درهماً نقداً وصرف الدينار عشرة . (جَازَ) لنفى التهمة إذ العاقل لا يعجل ستين ليأخذ ما قيمته عشرة أو عشرون إلا لقصد المعروف . وكذا إذا باعه بثلاثين درهماً لشهر ثم اشتراه بستة دنانير نقداً فأكثر .

* (و) منع البيع والشراء (بسِكَّتَيْنِ إلى أجَلٍ) فيهما وسواء اتفق الأجل أو اختلف — كبيعه بعشرة يزيدية لشهر ثم اشتراه بمحمدية لذلك الشهر أو دونه أو أبعد منه (للدَّيْنِ بالدَّيْنِ) تساوى العدد أو اختلف . ولا يمكن هنا شرط المقاصة

قوله : [بقى المنع على أصله] : أى لوجود العلة وهى سلف جر نفعاً فظهر الفرق بين التى أصلها المنع والتى أصلها الجواز فالتى أصلها الجواز لا يفسدها إلا شرط نفى المقاصة لا السكوت فإن التهمة فيها ضعيفة فإذا شرط نفيها تحققت التهمة وأما ما أصلها المنع فلا تجوز إلا إذا شرطاها لأن التهمة فيها قوية فإذا شرطاها بعدت والسكوت عنها لا ينفى المنع .

قوله : [فى الصور الاثنتى عشرة] : حاصلها أنه إذا باع فضة لأجل ثم اشتراه بذهب فلا يخلو إما أن يكون الذهب قيمة الفضة أو أقل أو أكثر وفى كل إما أن يكون الشراء الثانى نقداً أو لدون الأجل أو له أو لأبعد منه فهذه اثنتا عشرة صورة ومثلها يقال فيما إذا باع أولا بذهب ثم اشترى بفضة فالصور أربع وعشرون كلها ممنوعة لتهمة الصرف المؤخر ، ولذا لو انتفت التهمة جاز كما أفاده بقوله ولذا لو عجل أكثر من قيمة المتأخر جداً جاز .

قوله : [أكثر من قيمة المتأخر] : العبرة بالكثرة باعتبار صرف المثل لا باعتبار الذات لأن القلة والمساواة والكثرة باعتبار الذات إنما تتأتى فى الجنس الواحد .

إذ شرطها تساوى الدينين قدراً وصفة، ومفهوم الأجل جواز صور النقد مطلقاً .

والحاصل أن صور الأجل كلها ممنوعة — وهى ثمانى عشرة — لأن الثمن الثانى إما أن يكون لمثل أجل الأول أو أقل أو أكثر ، وفى كل : إما أن يساويه فى القدر أو أقل أو أكثر ، فهذه تسعة وفى كل منها : إما أن يبيع بالجيد ويشترى بالردىء أو عكسه ، وصور النقد ستة لأنه : إما مثل المؤجل قدراً ، أو أقل ، أو أكثر . وفى كل : إما أن يبيع بالجيد ويشترى بالأدنى أو عكسه. وكلها جائزة لعدم شغل الذمتين ، فمجموع الصور أربع وعشرون ، كصور الصرف . إلا أن صوره كلها ممنوعة للصرف المؤخر كما تقدم .

* (وإنْ اشتَراهُ بِعَرْضٍ مُخالِفٍ) لما باعه به فى الجنس — كما لو باعه بدينار أو ثوب ثم اشتراه بشاة أو ثوب من غير جنس الأول — (جَازَتْ) من الاثنتى عشرة (ثلاثة النقْدِ فقط) وهو أن يكون العرض المنقود قيمته قدر قيمة السلعة

قوله : [وكلها جائزة لعدم شغل الذمتين] : إلخ : فيه نظر ، بل الجائز منها اثنتان ، وهما : ما إذا اشترى بأجود أكثر أو مساوياً . والأربعة ممنوعة وهى : ما إذا اشترى بأدنى أكثر ، أو مساوياً ، أو أقل ، أو بأجود أقل ؛ لأنه — وإن انتفى فيه عمارة الذمتين — لكن وجد فيه علة سلف جر نفعا . فإن قلت : إذا كان المنقود أدنى وهو مساو للمؤجل فى القدر كيف يمنع مع أنه تقدم جواز قضاء القرض بالأفضل صفة ؟ والجواب : أن محل جوازه فيما تقدم إن لم يكن مدخولا عليه وإلا فيمنع وما هنا مدخول عليه فليتأمل .

قوله : [إن اشتراه بعرض مخالف] : المراد بالعرض : ما قابل العين ، فيشمل الطعام والحيوان . وقوله مخالف لما باعه به فى الجنس ، المراد بالجنس الصنف . ومفهوم قوله مخالف : أنه لو اشتراه بموافق له فى الصنف كما لو باع سلعة بثوب لشهر ثم اشتراه بثوب من صنفها فالشراء إما نقداً أو لدون الأجل أو للأجل لأبعد ، وفى كل : إما أن تكون قيمة الثوب الثانى مساوية لقيمة الأول أو أقل أو أكثر ، فهذه اثنتا عشرة صورة يمنع منها ما عجل فيه الأقل وهو ثلاث صور كما تقدم أول الباب .

التى باع بها أو أقل أو أكثر (ومُنِعَتْ التسْعَةُ) الباقية (للدَّين بالدين) .

(ولو اشترَى) ما باعه (بأقلّ) مما باعه به (للأجَلِ) نفسه (أو لأبعَدَ) منه — وقلنا بالجواز — (ثم رَضِيَ) المشترى الثانى (بالتعجيل) : أى تعجيل الأقل الذى اشترى به (فالأرْجَحُ) من القولين (المَنْعُ) نظراً لما آل إليه الأمر من أنه دفع قليلا عاد إليه كثيراً وقيل بالجواز نظراً إلى حال العقد .

* (والمِثْلِىُّ) من مكيل — كَبُرٍّ أو موزون كسمن ونحاس ، أو معدود كبيض — الموافق لما باعه لأجل كشهر) صِفَةً وقَدْراً كَعَيْنِهِ) : أى كعين ما باعه ، فمن باع إردب قمح أو قنطارين بعشرة لشهر ثم اشترى من المشترى مثله ففيه اثنتا عشرة صورة ؛ لأنه كأنه اشترى عين ما باعه ، فإما نقداً أو لأجل أو لأقل أو أكثر بمثل الثمن أو أقل أو أكثر (فيُمْنَعُ) منها الصور الثلاث وهى :

قوله : [ومنعت التسعة الباقية] : أى وهى ما أجل فيه الثمنان سواء كان أجل الثانى مساوياً للأول أو أقل أو أبعد . كانت قيمة العرض المشترى به قدر قيمة الأول أو أقل أو أكثر .

قوله : [للدين بالدين] : أى لابتداء الدين بالدين ، ولا يتأتى هنا اشتراط المقاصة لاختلاف الدينين وشرطها اتحادهما جنساً وصفة كما تقدم .

قوله : [فالأرجح من القولين المنع] : قال ابن وهب : وينبغى أن يكون المنع هو الراجح لعلته المذكورة وكذلك الخلاف إذا اشترى بأكثر للأجل ثم تراضيا على التأخير أو اشترى بأكثر نقداً أو لدون الأجل ثم رضى بالتأخير لأبعد ، فمدار فى المسألة على كونه وقع جائزاً ثم آل للمنع فهل يجوز نظراً للعقد أو يمنع نظراً لما آل إليه الأمر قولان . ويجرى هذان القولان فيمن باع سلعة بعشرة إلى أجل ثم أتلفها على المشترى وكانت قيمتها حين الإتلاف ثمانية وغرمها للمشترى حالا ، فإذا جاء الأجل هل يمكن البائع من أخذه من المشترى ما زاده الثمن على القيمة وهو الدرهمان فيأخذ العشرة بتمامها أولا يمكن ، وإنما يأخذ الثمانية التى دفعها ويسقط عن المشترى الدرهمان ؟ والظاهر منهما الأول لبعد التهمة .

قوله : [أو قنطارين] : أى فلا فرق فى المثلى بين أن يكون ربوياً كإردب قمح أو غيره كقنطارين .

(ما عُجِّلَ فيه الأقَلُّ) بأن اشتراه بثمانية نقداً أو لأجل أقرب أو اشتراه بأكثر مما باع به لأبعد كما تقدم .

(وإنْ غَابَ مُشْتَرِيهِ) : أى مشترى المثلى الأول (بِهِ) غيبة يمكنه الانتفاع به (مُنِعَ أيضاً) : صورتان بقية صور الأقل وهو ما إذا اشتراه (بأقلَّ) مما باع به (لأجَلِهِ أوْ لأبْعَدَ) : لأن الغيبة على المثلى تعد سلفاً لكونه لا يُعلم بعينه فكأنه تسلف ورده لربه وأعطاه عند الأجل درهمين فى نظير تسلفه والثمانية فى نظير الثمانية . فعلم أنه إذا باع مثلياً وغاب عليه المشترى فاشتراه منه يمتنع خمس صور : أربع صور الأقل ، وما إذا اشتراه بأكثر لأبعد .

* (و) أما (إن بَاعَ مُقَوَّماً) كثوب أو شاة أو أرض واشترى مثله (فمِثْلُهُ كغيرِهِ) فتجوز الصور كلها .

(كَتَغَيُّرِها) : أى السلعة التى باعها تغيراً (كثيراً) عند مشتريها منه ثم اشتراها بائعها منه فتجوز الصور كلها . وكل ما تقدم إذا اشترى كل ما باع .

(وإنْ اشتَرَى بعضَ ما بَاعَ) كما لو باع ثوبين بعشرين لشهر فاشترى أحدهما بثمن (لأبعَدَ) من الأجل الأول (مُطْلَقاً) بمثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر (أو بأقَلَّ) من الثمن الأول (نَقْداً ، أو لدون الأجَلِ ، امتَنَعَ) فى الخمس صور ؛ لما فى المُساوى والأكثر من سلف جر نفعاً ، ولما فى الأقل نقداً أو لدون الأجل أو لأبعد من بيع وسلف . وإذا اشتراه بمثل الثمن أو بأكثر

قوله : [لأن الغيبة على المثلى تعدّ سلفاً] : أى والمسلف فى جميع الصور الممنوعة المشترى إلا فيما اشتراه بأكثر لأبعد فإن المسلف المشترى الأول يدفع ثمانية مثلا عن الأجل يأخذ بعد شهر عشرة .

قوله : [لما فى المساوى والأكثر من سلف جر نفعا] : أى والمسلف فيهما هو المشترى الأول ، فالسلعة التى رجعت للبائع الأول كأنها لم تخرج من يده وصار الثمن المدفوع إليه سلفاً يأخذ عنه بعد شهر مثله أو أكثر منه فقد انتفع المشترى الأول بالسلعة التى بقيت عنده فيما إذا عاد إليه مثل دراهمه أو بها وبالزيادة إن عاد إليه أكثر :

قوله : [من بيع وسلف] : أما إذا كان الشراء نقداً أو لدون الأجل ،

منه نقداً فيهما أو لدون الأجل جاز فى الصور الأربع كصور الأجل الثلاثة فالجواز فى سبع .

(وصَحَّ أوَّلُ مِنَ بُيُوعِ الآجالِ فقط) ولزم بالثمن لأجله وفسخ الثانى إن كانت السلعة قائمة عند بائعها الأول وهو المشترى الثانى ، فإن فاتت بيده أشار له بقوله :

(إلا أنْ يَفُوتَ) البيع (الثانى بيدِ) المشترى (الثانى) وهو البائع الأول (فَيُفْسَخَانِ) معاً لسريان الفساد للأولِ بالفوات وحينئذ (فلا مُطالبةَ لأحدِهما على الآخرِ بشىءٍ) لأن المبيع رجع لبائعه فضمانه منه . وسقط عن المشترى الأول لرجوع السلعة لربها وسقط الثمن الثانى عن الثانى لفساد البيع .

فلأن البائع الأول يدفع عشرة سلفاً للمشترى فإذا جاء الأجل رد إليه عشرين عشرة فى نظير العشرة التى أخذها وهى سلف وعشرة ثمن الثوب ، وأما فى الأبعد فلأنه عند حلول الأجل يدفع للبائع عشرين عشرة ثمن الثوب وعشرة سلفاً ، فإذا جاء الأجل الثانى دفع البائع الأول عشرة بدل العشرة التى أخذها سلفا .

قوله : [فالجواز فى سبع] : هى أن يشتريه بمثل الثمن نقداً أو لدون الأجل أو بأكثر نقداً أو لدون الأجل وبمثل أو أقل أو أكثر للأجل وجوازها لانتفاء علة المنع .

قوله : [وصح أول] : بغير تنوين لأنه بمعنى أسبق فهو ممنوع من الصرف للوصفية ووزن الفعل وما ذكره من صحة الأول فقط هو الأصح . وخالف ابن الماجشون فقال : يفسخان معاً ، وهذا الخلاف عند قيام السلعة بدليل ما يأتى .

قوله : [إلا أن يفوت] : أى بمفوتات الفاسد . وظاهره: أىّ مفوت كان ، وهو قول سحنون . والذى صححه ابن رشد : أنه لايفوت هنا إلا العيوب المفسدة . ونص ابن رشد فى البيان : واختلف بما تفوت به السلعة فقيل : إنها تفوت بحوالة الأسواق وهو مذهب سحنون والصحيح أنها لاتفوت إلا بالعيوب المفسدة إذ ليس هو بيع فاسد ولا مثمن وإنما فسخ لأنهما تطرقا به إلى استباحة الربا كذا فى (بن) .

وظاهره مطلقاً ؛ سواء كانت قيمة السلعة فى البيع الثانى قدر الثمن الأول أو أقل أو أكثر ، وهو الذى حكاه اللخمى والمازرى عن ابن القاسم ، وقال ابن شاس : إنه المشهور . وقيل : إنما يفسخ الأول إن كانت القيمة أقل من الثمن الأول فإن كانت مثله أو أكثر فلا يفسخ الأول وهو قول سحنون ، قال ابن الحاجب : وهو الأصح وقال غيره : وهو المشهور فلذا قال الشيخ : خلاف .

قوله : [إن كانت القيمة أقل] : أى لأننا لو لم نفسخ الأول حينئذ يلزم دفع القيمة معجلا وهى أقل ويأخذ عنها عند الأجل أكثر وهو عين الفساد الذى منعنا منه ابتداء ، بخلاف ما إذا فات وكانت القيمة مساوية للثمن الأول أو أكثر منه ، فإنا — إذا فسخنا الثانية ودفعنا القيمة عشرة أو اثنى عشر وبقيت الأولى على حالها — فلا محظور فيه لأننا ندفع عشرة أو اثنى عشر ونأخذ عشرة على كل حال .

فصل فى بيان حكم بيع العينة ومسائله المتعلقة به

• وأصل العِينَة : عِوْنَة ، وقعت الواو ساكنة بعد كسرة فقلبت ياء : من العون ، كأنّ البائع أعان المشترى بتحصيل مراده . قال أبو عمران : وهى بيع ما ليس عندك — ابن عرفة : مقتضى الروايات أنه أخص مما ذكر . والصواب : أنه البيع المُتَحَيَّل به على دفع عين فى أكثر منها (ا هـ) .

والأظهر أنه أعم مما ذكره ، لأن الثمنين : إما أن يتساويا ، أو يكون الثانى أكثر ، أو أقل . وفى كل : إما أن يكونا حالين ، أو مؤجلين أو الأول حالاً والثانى

فصل :

وجه مناسبته لبيوع الآجال وجود التحيل فى كل حيث يدفع قليلا يأخذ كثيراً .

قوله : [كأن البائع] إلخ : أراد بالبائع المطلوب منه سلعة وبالمشترى الطالب لها وحينئذ فتسميته بائعاً باعتبار المآل ؛ لأنه حين طلبت منه السلعة لم يكن بائعاً بل مطلوب منه فقط . وقال بعضهم : الأحسن أن يقال إنما سميت عينة لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحيل لدفع قليل فى كثير .

قوله : [أعان المشترى] : أى على تحصيل مطلوبه .

وقوله : [بتحصيل مراده] : الباء للتعليل . ومراده : هو الربح الذى يحصل له من التوسط .

قوله : [ما ليس عندك] : أى حين الطلب لاحين البيع وإلا ففى وقت البيع تكون عنده .

قوله : [أخص مما ذكر] : أى لأن قوله بيع ما ليس عندك عام يشمل البيع بنماء وغير نماء مع أن مقتضى الروايات التخصيص وهو كونه بنماء فلذلك قال : والصواب إلخ .

قوله : [والأظهر أنه أعم مما ذكره] : أى لأن موضع بيع العينة شامل للأربعة

مؤجلا ، أو عكسه . وفى كل : إما أن يقول اشتر لى أو لا يقول لى فحاصلها أربع وعشرون صورة ولذا عرفه بقوله :

● (العينة — وهى : بَيْعُ منطُلِبَتْ منه سِلْعَةٌ) للشراء (وليستْ عِنْده) : أى البائع (لطَالِبِها) : المشترى متعلق ببيع (بعدَ شِرَائِها) لنفسه من آخر : (جائِزةٌ) بمعنى خلاف الأولى : فأهل العينة قوم نصبوا أنفسهم لطلب شراء السلع منهم وليست عندهم فيذهبون إلى التجار ليشتروها بثمن ليبيعوها للطالب وسواء باعها لطالبها بثمن حال أو مؤجل أو بعضه حال وبعضه مؤجل ولذا قال الشيخ : ولو بمؤجل بعضه . واستثنى من الجواز قوله :

(إلا أنْ يقُولَ) الطالب : (اشتَرِها بعشَرَةٍ نقداً و) أنا (آخُذُها) منك (باثنى عشرَ لأجلٍ) فيمنع لما فيه من تهمة سلفٍ جرَّ نفعًا ؛ لأنه كأنه سلفه عشرة ثمن السلعة يأخذ عنها بعد الأجل اثنى عشر . ثم تارة يقول الطالب : خذها لى وتارة لا يقول : لى ؛ وإليهما أشار بقوله :

● (ولَزِمَتْ) السلعة (الطَالِبَ) بالعشرة نقداً (إنْ قالَ) للمطلوب منه اشترها : (لى) بعشرة إلخ والمطلوب منه الأقل من جُعْلِ مثله ومن الربح . (وفُسِخَ) البيعُ (الثانى) وهو الاثنى عشر لأجل .

وعشرين صورة كما بينه الشارح .

قوله : [فحاصلها أربع وعشرون] : منها الستة الممنوعة التى يستثنيها المصنف والباقى ثمانى عشرة لامنع فيها .

قوله : [ولذا عرّفه بقوله] : أى لأجل العموم الشامل لجميع الصور ، فشارحنا منتصر لأبى عمران .

قوله : [بمعنى خلاف الأولى] : أى لما فيه من التحيل على دفع قليل يعود عليه كثير .

قوله : [ليبيعوها للطالب] : أى بعد الشراء .

قوله : [ولذا قال الشيخ] : أى فالخلاف إنما هو فى بيع المطلوب منه بثمن مؤجل بعضه وبعضه معجل، وأما تعجيل الكل أو تأجيله متفق على جوازه .

قوله : [فيمنع] : أى والفسخ وعدمه شىء آخر سيفصله .

(فإنْ لم يقل : لى) — فى الفرض المذكور — (مَضَى) الثانى بالاثنى عشر للأجل (علَى الأرجَح) من القولين اللذين ذكرهما الشيخ ، لبعد تهمة السلف بمنفعة .

* (ولَزِمَهُ الاثنا عَشَرَ للأجلِ) . والقول الثانى : الفسخ إلا أن تفوت السلعة بيده فالقيمة . وعطف على الاستثناء قبله قوله :

(وإلاّ أنْ يقولَ : اشتَرِها لى بعشَرَةٍ نَقْداً وآخُذُها باثْنَىْ عَشَرَ نَقْداً) فيمنع (إنْ شرَطَ الطالبُ النقْدَ علَى المأمورِ) بأن قال له : اشترها لى بعشرة بشرط أن تنقدها عنى ، وأنا أشتريها منك باثنى عشر نقداً ؛ لأنه حينئذ قد جعل له درهمين فى نظير سلفه وتوليته الشراء فهو سلف وإجارة بشرط .

* (ولَزِمَتْهُ) : أى لزمت السلعة الطالب (بالعَشَرَةِ ، وله) أى للمأمور فى نظير عمله (الأقَلُّ مِنْ جُعْلِ مِثْلِهِ أو الدرْهَمَيْنِ فيهِمَا) : أى فى هذه ، وفى أول قسمى التى قبلها وهى قوله : اشترها لى بعشرة نقداً وآخذها باثنى عشر لأجل .

(وجَازَ) النقد (بغيرِهِ) : أى بغير شرط من الطالب بل تطوعاً (وله الدّرهمان) وهذا مما زدناه عليه .

قوله : [فإن لم يقل لى] إلخ : حاصله أنه إذا لم يقل لى والفرض أنه أمره بشرائها بعشرة واتفق معه على أن يشتريها منه باثنى عشر لأجل ووقع ذلك ، فقيل : يفسخ البيع الثانى وهو أخذ الآمر لها باثنى عشر لأجل ، ثم إن كانت السلعة قائمة بيد الآمر ردت للمأمور بعينها وإن فاتت فى يد الآمر بفوت البيع الفاسد رد قيمتها يوم القبض حالة بالغة ما بلغت . وقيل : إن البيع الثانى يمضى على الآمر باثنى عشر للأجل ولا يفسخ كانت السلعة قائمة أو فائتة . وعلى القول بالفسخ ولزوم القيمة عند الفوات يشكل على ما تقدم من أن المختلف فى فساده يمضى إذا فات بالثمن ، وهذا من المختلف فيه . وأجيب : بأن ما تقدم أكثرى .

قوله : [أو الدرهمين] : الأولى والدرهمين لأن الأقل من الأمور التى لا تكون إلا بين اثنين .

(كنَقْدِ الآمرِ) فإنه جائز بأن قال له : اشترها لى بعشرة نقداً — وتقدمها له — وأنا آخذها باثنى عشر نقداً وله الدرهمان لأنهما أجرة (وإنْ لم يَقُلْ : لى) فى هذا الفرض ، وهو ما إذا نقد الآمر (كُرِه) وقيل : يجوز أيضاً وهما روايتان عن الإمام .

ثم شبه فى الكراهة قوله : (كَخُذْ) : أى كقول بائع لمشتر : خذ منى (بمائة ، ما) أى سلعة (بثمانين) قيمة ؛ لما فيه من رائحة الربا ولا سيما إذا قال له المشترى : سلفنى ثمانين وأرد لك عنها مائة فقال المأمور : هذا رباً ، بل خذ منى بمائة إلخ .

(أو) قال شخص لآخر (اشترها و) أنا (أربحك) ولم يعين له قدر الربح ، فإنه يكره . فإن عينه منع .

(وإلا) عطف على الاستثناء المتقدم (أنْ يقولَ : اشترها لى بعشرة لأجل و) وأنا أشتريها منك (بثمانية نَقْداً) ،فيمنع لما فيه من السلف بزيادة لأنه

قوله : [كنقد الآمر فإنه جائز] : أى ولو كان بشرط اشترطه عليه المأمور كما فى (عب) .

قوله : [وهو ما إذا نقد الآمر] : صوابه وهو ما إذا شرط الطالب النقد على المأمور لأن هذا مقابل قوله، وإلا أن يقول: اشترها لى بعشرة نقداً إلخ .

قوله : [كره] : هذا هو الراجح .

قوله : [كخذ] : أى ولا فرق فى هذه المسألة بين كون الفاعل لذلك من أهل العينة أو غيرهم فهى مسألة عامة .

قوله : [بل خذ منى بمائة] : أى وأما لو أعطى رب المال لمريد التسلف منه بالربا ثمانين ليشترى بها سلعة على ملك رب المال ثم يبيعها له بمائة لأجل فهو حرام لامكروه ، لأنها لما لم تكن عنده السلعة كان المقصود بشرائها ولو على وجه الوكالة صورة إنما هو دفع قليل ليأخذ منه أكثر .

قوله : [ولم يعين له قدر الربح] : حاصله أنه إن عين له قدر الربح حرم . وأما إن سمى ربحاً ولم يعين قدره كره ، وأما إن أومأ من غير تصريح بلفظه نحو ولا يكون إلا خيراً فجائز .

سلفه الثمانية المنقودة على أن يشتريها له بعشرة، كذا قيل، ولا وجه له . وذكر ابن رشد وغيره : أن وجه المنع أن الآمر استأجر المأمور على أن يشترى له السلعة بسلفه الثمانية ينقدها له ينتفع بها إلى الأجل ثم يردها له ، أى والآمر يدفع له العشرة عند الأجل للبائع الأصلى (ا هـ) وهذا بعيد أيضًا لا يقتضى الحرمة فتأمل .

* (وتلزم) السلعة الآمر (بما أمرَ) وهو العشرة لأجلها (ولا يُعَجَّلُ له الأقل) وهو الثمانية فى المثال .

(فإنْ عُجِّلَ) الأقل للمأمور (رُدَّ) للآمر .

(وله) : أى للمأمور (جُعْلُ مثْله ، وإنْ لم يقُلْ : لى) . وهذا ثانى القسم الثالث وهو تمام الستة الأقسام الممنوعة (فُسِخَ) البيع (الثانى) فترد السلعة للمأمور إن كانت قائمة ، (فإنْ فاتتْ فالقيمةُ) على الآمر يوم قبضها على أحد القولين . والثانى : لا يفسخ بل يمضى بالثمانية نقداً وعلى المأمور العشرة للأجل لرب السلعة .

قوله : [كذا قيل] : هذا القول ا (تت) والشيخ سالم .

قوله : [ولا وجه له] : قد يقال : وجهه ظاهر لأن المأمور عجلت له الثمانية فى نظير توليته الشراء وزيادته للدرهمين وتحمل الثمن فى ذمته للأجل .

قوله : [وهذا بعيد أيضاً لايقتضى الحرمة] : أما بعده من كلام المتن فظاهر ، وأما كونه لايقتضى الحرمة فغير ظاهر بل متى كان التصوير هكذا كانت حرمته ظاهرة لأن دفع الثمانية ورجوعها إليه سلف جرّ له نفعاً وهو تولية المأمور الشراء له فتأمل منصفاً .

قوله : [رد للآمر] : أى لأن بقاءه ربا كما هو ظاهر .

قوله : [جعل مثله] : أى فى نظير توليته الشراء .

قوله : [الستة الأقسام الممنوعة] : مراده بالمنع ما يشمل الكراهة فإن القسم الرابع مكروه .

قوله : [فسخ البيع الثانى] : أى الذى هو قوله : وأنا أشتريها منك بثمانية .

قوله : [بل يمضى بالثمانية نقداً] : أى عند الفوات فيتفق القولان على ردها إذا لم تفت ، وإنما يختلفان عند الفوات ؛ فعلى الأول : تفوت بالقيمة على الآمر يوم قبضها ، وعلى الثانى تمضى بالثمانية نقداً كما أفاده الشارح فتأمل .

فصل فى الخيار وأقسامه وأحكامه

• (الخِيارُ قِسْمانِ : تَرَوٍّ ونَقِيصَةٍ) . أى خيار ترو : أى نظر وتأمل فى إبرام البيع وعدمه ، وخيار نقيصة : وهو ما كان موجبه وجود نقص فى المبيع من عيب أو استحقاق .

• (فالأوّلُ) أى خيار التروى (بَيْعٌ وُقِفَ بتُّهُ) : أى لزومه (على إمضاء) ممن له الخيار من مشتر أو بائع أو غيرهما (يتَوَقَّعُ) فى المستقبل .

فصل :

لما أنهى الكلام على أركان البيع وشروطه وما يعرض له من صحة وفساد وكان من أسباب فساده الغرر وكان بيع الخيار مستثنى من ذلك بناء على أنه رخصة – كما قال ابن عرفة ، المازرى : فى كونه رخصة لاستثنائه من الغرر وحجر المبيع خلاف (اه) أتبع ذلك بالكلام عليه ، ومراده بالخيار : حقيقته .

وقوله : [وأقسامه] : مراده بالجمع ما فوق الواحد فإنه قسمان فقط ومراده بالأحكام مسائله .

قوله : [قسمان] : أى وليس لنا قسم ثالث ، خلافاً للشافعية فإنهم أجازوا خيار المجلس وسيأتى الكلام عليه .

قوله : [أى خيار ترو] : أى ويقال له خيار شرطى ، وهو الذى ينصرف له لفظ الخيار عند الإطلاق .

قوله : [وقف بته] : البت : القطع ، لقطع كل منهما خيار صاحبه. وقوله « وقف بته » أى ابتداء خرج به الخيار الحكمى . فإن بته ليس موقوفاً من أول الأمر بل عند ظهور العيب السابق ؛ فالفرق بين خيار التروى أن موجب الخيار إما مصاحب للعقد أو مقدم عليه الأول التروى ، والثانى النقيصة وهو الخيار الحكمى لأنه بعيب سابق على العقد .

* (وإنما يكونُ) أى يوجد ويحصل (بشَرْطٍ) من المتبايعين ولا يكون بالمجلس .

(وجَازَ) الخيار (ولو) كان (لغيرِ المتَبايعَيْن) .

* (والكلام) فى إمضاء البيع وعدمه (له) : أى لمن جعل له الخيار (دونَ غَيْرِهِ) من المتبايعين : (كأنْ عَلَّقَ البيعَ علىَ رِضَاهُ): أى رضا الغير ، فإن الكلام لمن علق الإمضاء على رضاه كبعته لك ، أو : اشتريته منك بكذا إن رضى فلان .

(بخِلافِ المشُورَةِ) ك : بعتُه أو : اشتريته بكذا على مشورة فلان (فلِمَنْ عَلَّقَ) المبيع (عليها) : أى على المشورة من المتبايعين (الاستِبْدَادُ) بالإمضاء أو الرد للبيع دون من علقت المشورة عليه . والفرق : أن من علق الأمر على خيار غيره ورضاه قد أعرض عن نفسه بالمرة ، ومن علق على المشورة لغيره فقد جعل لنفسه ما يُقَوِّى نظره، فله أن يستقل بنفسه، هذا هو الراجح من الأقوال المذكورة هنا .

قوله : [ولا يكون بالمجلس] : أى فإنه غير معمول به على مشهور المذهب واشتراطه مفسد للبيع لأنه من المدة المجهولة وإن ورد به الحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[1] وهذا الحديث — وإن كان صحيحاً — لكن عمل أهل المدينة مقدم عليه عند مالك ، لأن عملهم كالتواتر والتواتر يفيد القطع بخلاف الحديث ، فإنه خبر آحاد وهو إنما يفيد الظن . ونقل ابن يونس عن أشهب: أن الحديث منسوخ ، وبعضهم حمل التفرق فى الحديث على تفرق الأقوال لا على تفرق الأبدان الذى هو حمل الشافعى — ووافقه ابن حبيب والسيورى وعبد الحميد الصائغ .

قوله : [هذا هو الراجح]: حاصله : أن من اشترى سلعة على خيار فلان أو رضاه أو باعها على خياره أو رضاه ففى المسألة أقوال أربعة : الأول : وهو المعتمد أنه لا استقلال له سواء كان بائعاً أو مشترياً فى الخيار والرضا ، والثانى : له الاستقلال

---

(١) البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو حتى يتفرقا : عن حكيم بن حزام رضى الله عنه . وعن عبد الله بن عمر : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » وورد : « كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار » متفق على ذلك كله .

● ولما كانت مدة الخيار تختلف باختلاف المبيع بينها بقوله :

* (ومُنْتَهَاهُ) : أى منتهى زمن الخيار (فى العَقَارِ) وهو الأرض وما يتصل بها من بناء أو شجر : (ستةٌ وثلاثون يومًا . ولا يَسْكُنُ) : أى لا يجوز للمشترى فى مدة الخيار أن يسكن الدار المشتراة به إن كثرت بلا أجرة ، كانت السكنى لاختبارها أم لا ، شرطت أم لا . وله اختبارها بغير السكنى .

* (وفَسَدَ البيعُ إنْ شَرَطَها) : أى السكنى فى صلب العقد ، لأنه شرط ينافى المقصود من البيع ، إذ لا يجوز التصرف فى المبيع إلا إذا دخل فى ملك مشتريه .

(وجَازَت) السكنى فى مدة الخيار (بأجرةٍ مُطْلَقًا) كانت كثيرة أو يسيرة لاختبارها أو لغير اختبارها ، شرطها أم لا (كاليَسيرِ) الذى لا بال له (لاختِبَارِها) ، لا لغيره . فإن سكن الكثير أو اليسير لغير اختبارها بلا إذن فهو معتدٍ تلزمه الأجرة . فتحصل أنه إن سكن بأجرة جاز مطلقًا فى الثمان صور

بائعاً أو مشترياً فى الخيار والرضا ، والثالث : له الاستقلال فى الرضا بائعاً أو مشترياً وليس له الاستقلال فى الخيار بائعاً أو مشترياً ، والرابع : له الاستقلال إن كان بائعاً فى الخيار والرضا وإن كان مشترياً ، فليس له الاستقلال فى الخيار والرضا كذا فى خليل وشراحه .

قوله : [تختلف] : أى عندنا خلافاً لأبى حنيفة والشافعية القائلين : بأن مدة الخيار ثلاثة أيام فى كل شىء .

قوله : [ومنتهاه] إلخ : أى إذا شرط الخيار فيه فإن مدته لاتكون أكثر من شهر وستة أيام فلا ينافى أنها قد تكون أقل حيث عيناه . ثم إن ظاهر المصنف أن أمد الخيار فى العقار المدة المذكورة سواء كان الاختبار حال المبيع أو للتروى فى الثمن ، وهو ظاهر كلام خليل وجمهور أهل المذهب ، وقيل إنه قاصر على الأول وأن الثانى ثلاثة أيام وهو ما نقله ابن عرفة من التونسى — وكذا يقال فيما يأتى فى الرقيق .

قوله : [وفسد البيع إن شرطها] : الفساد فى ثلاث من الصور الممنوعة ، وهى ما إذا كان الإسكان كثيراً بشرط من غير أجرة ، كان لاختبار حالها أم لا ،

بشرط وبغيره قل أو كثر للاختبار أو لغيره . وإن سكن بلا أجرة منع فى الكثير فى صوره الأربع ، وفى اليسير فى صورتى عدم الاختبار وجاز فى صورتى الاختبار، فالممنوع ست من ست عشرة صورة وقولنا : « وفسد » إلخ مما زدناه عليه .

* (و) منتهاه (فى الرَّقِيقِ عَشَرَةٌ) لا أكثر (واستَخْدَمَهُ) جوازاً (اليَسِيرِ) لا الكثير فلا يجوز (كالسُّكْنَى) فيجوز اليسير الذى لابال له لأجل اختباره لا لغيره ، بشرط أم لا . والشرط مفسد للبيع . وجاز بأجرة مطلقاً ؛ فتجرى فيه الست عشرة صورة التى فى السكنى . وكذا تجرى فى لبس الثوب وركوب الدابة واستعمالها . وكلام الشيخ يوهم خلاف المراد ، لأنه منع السكنى وجوز الاستخدام وأطلق فيهما .

* (و) منتهاه (فى العُرُوضِ) كالثياب (خَمْسَةٌ) من الأيام (كالدواب) التى ليس شأنها الركوب أو شأنها ذلك ولم يكن الاختبار له بل لنحو أكلها ورخصها وغلائها . وأما إن كان لخصوص ركوبها فإما فى البلد أو خارجها ، وإلى

أو كان بشرط وهو يسير من غير أجرة لغير اختبار .

قوله : [من ست عشرة صورة] : حاصلها أنه إما أن يسكن كثيراً ، أو يسيراً ، وفى كل إما أن تكون بشرط ، أو بغيره . وفى كل : إما لاختبار حالها ، أم لا . وفى كل من هذه الثمانية : إما بأجر ، أو بغيره وتفاصيلها معلومة من الشارح .

قوله : [ومنتهاه فى الرقيق عشرة] : فلو بيعت دار بها رقيق وكل بالخيار فالظاهر الخيار إن قصد به كل منهما اعتبر أمد الأبعد منهما . وإن قصد به أحدهما اعتبر أمد المقصود منهما بالخيار انظر (بن) .

قوله : [وأطلق فيهما] : أى فى الدابة والثوب أى لم يتعرض فى استعمالهما لجواز ولا لعدمه .

قوله : [التى ليس شأنها الركوب] : أى كالبقر والغنم ودخل فيها الطير والأوز والدجاج كذا قرر . وقال اللقانى : إن جرى عرف فيها بشىء عمل به وإلا فلا خيار فيها فيما يظهر — كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [ولم يكن الاختبار له] : أى فقط بل كان لنحو أكلها أو لنحو

ذلك أشار بقوله :

(إلا) إذا اشترط (رُكُوبها بالبَلَد فاليَوْمَان) لا أكثر .

(و) شرط ركوبها خارجه أي البلد (البَرِيدان) لا أكثر على قول أشهب . وقول ابن القاسم : البريد : وهل بينهما خلاف – كما هو الظاهر – أو وفاق بحمل البريدين على الذهاب مع الإياب ؟ تأويلان . هذا ما مشى عليه الشيخ ، وكلام غيره : أن الدواب لها الثلاثة الأيام ونحوها مطلقًا سواء كانت تراد للركوب أو غيره . وإنما اليوم ونحوه والبريد ونحوه لخصوص جواز الركوب .

● (وصحَّ) الخيار وجاز أيضًا للمشترى أو للبائع أو لغيرهما (بعْدَ بَتٍّ) للبيع (إنْ نَقَدَ) الثمن للبائع (وإلا) ينقده (فلا) يصح على الراجح .

(وضمانُهُ حينئذ) : أي حين وقوعه بعد البتّ (مِن المشترِى) لأنه صار بائعًا حينئذ .

الأكل والركوب معاً وليس قصد الركوب بدون شرط كشرطه على الراجح .

قوله : [البريدان] : هما سير يوم كامل لأنهما على النصف من مسافة القصر .

قوله : [وهل بينهما خلاف] : أي فالبريد عند ابن القاسم ذهاباً وإياباً والبريدان عند أشهب كذلك أو البريد ذهاباً ومثله إياباً والبريدان كذلك .

قوله : [بحمل البريدين] : أي في كلام أشهب : أي فبريد ذهاباً وبريد إياباً ، وهو عين قول ابن القاسم البريد ، فإن معناه البريد ذهاباً ولابد له من بريد إياباً .

قوله : [بعد بت] : أي وأما الجمع بين البت والخيار في عقد واحد . فهو ممنوع كما نقله (بن) عن التوضيح لخروج الرخصة عن موردها ، لأن الخيار محتو على غرر إذ لا يدرى كل من المتبايعين ما يحصل له هل الثمن أو المثمن لجهله بانبرام العقد ومتى يحصل فكان مقتضاه المنع مطلقاً ، لكن رخص الشارع فيه فأباحه عند انفراده :

قوله : [فلا يصح على الراجح] : أي لأنه إذا لم ينقده فقد فسخ البائع ماله في ذمة المشترى في معين يتأخر قبضه .

قوله : [من المشترى] : أي ولو جعل الخيار له ، ويلغز بها فيقال : لنا مبيع بالخيار بيعاً صحيحاً وضمانه في مدته من المشترى .

• (وفَسَد) الخيار (بشرطِ مدة بَعيدةٍ) تزيد على مدته (أو) مدة (مَجْهُولةٍ) كإلى أن تمطر السماء أو إلى قدوم زيد، ولم يعلم أمد قدومه (أو مشاورةِ) شخص (بعيدٍ) لا يقدم إلا بعد مدة الخيار بكثير، وهذا داخل فى المجهولة، نص عليه زيادة فى الإيضاح، ولتصريحهم به.

ويفسد البيع بما ذكر (وإن أسْقَط) الشرط

(أو) بشرط (لبْس ثَوْبٍ) أو استخدام رقيق (كَثِيراً، أو ردَّ أجْرتَهُ) للبائع؛ لأن الضمان منه والغلة له.

• (و) فسد بيع الخيار إذا وقع (بشَرْط النَّقْدِ) للثمن للتردد بين السلفية والثمنية، وإن لم ينقد بالفعل، بخلاف التطوع به بعد العقد.

• ولما شارك هذا الفرع فى الفساد بشرط النقد فروع سبعة شبهها به فقال:

قوله: [وفسد الخيار]: أى فسد البيع المحتوى على الخيار وضمانه حينئذ من بائعه كما فى بيع الخيار الصحيح على الراجح، وقيل: من المشترى إذا قبضه حكم البيع الفاسد. وحاصل ما ذكره أنه قد تقدم أن أمد الخيار فى العقار ستة وثلاثون يوماً فإذا باعك بشرط مدة تزيد على تلك المدة زيادة بينة كأربعين يوماً كان البيع باطلا أما ثمانية وثلاثون فلا يضر لأن اليومين ملحقان بأمد الخيار:

قوله: [والغلة له]: حاصله أن الأجرة والغلة للبائع فى بيع الخيار زمنه سواء كان صحيحاً أو فاسداً ولو كان الخيار فى الصحيح للمشترى وأمضى البيع لنفسه لأن الملك للبائع وزمنه لم يدخل فى ضمان المشترى، وما تقدم من أن الغلة للمشترى فى البيع الفاسد والضمان منه محمول على ما إذا كان البيع بتاً فبيع البت الفاسد ينتقل فيه الضمان بالقبض فيفوز المشترى بالغلة. وأما بيع الخيار فالملك فيه للبائع ولا ينتقل الضمان فيه بالقبض كان صحيحاً أو فاسداً فلذا كانت الأجرة والغلة فيه للبائع.

قوله: [وفسد بيع الخيار] إلخ: أى ولو أسقط الشرط بعد ذلك على المعتمد فليس كشرط السلف المصاحب للبيع.

(كغائب) من غير العقار (ببعد) كالعشرة أيام ، وبيع بتاً على الوصف بشرط النقد فإنه يفسده .

(و) كبيع رقيق بشرط (عهدة الثلاث) فإن شرط النقد يفسده .

(ومواضعة) بيعت على البت ، فإن شرط النقد يفسده .

(و) كراء (أرض) للزراعة (لم يؤمن ريها)فشرط النقد يفسده ، فإن أمن ريها جاز كالنقد تطوعاً .

(وجعل) على تحصيل شيء كآبق فشرط النقد يفسده (وإجارة

قوله : [من غير العقار] إلخ : أى فلو كان المبيع عقاراً مطلقاً أو غيره وهو قريب الغيبة كالثلاثة الأيام فلا يفسد بشرط النقد فيه كما تقدم .

قوله : [بشرط عهدة الثلاث] : أى ثلاثة أيام يرد فيها العبد المبيع بكل حادث من العيوب ، وأما اشتراط النقد فى عهدة السنة فلا يفسد العقد لقلة الضمان فيها لندرة أمراضها فاحتمال السلف فيها ضعيف بخلاف عهدة الثلاث فهو قوى لأنه يرد فيها بكل حادث .

قوله : [ومواضعة] : أى وأمة بيعت على البت بشرط المواضعة لاحتمال أن تظهر حاملا فيكون سلفا أو تحيض فيكون ثمناً لا إن اشترط عدم المواضعة أو كان العرف عدمها ، كما فى بياعات مصر فلا يضر شرط النقد لكن لا يقران على ذلك بل تنزع من المشترى وتجعل تحت يد أمين ومفهوم بيعت على البت أنها لو بيعت على الخيار لامتنع النقد فيها مطلقاً ولو تطوعاً كما يأتى .

قوله : [لم يؤمن ريها] : أى كأراضى النيل العالية أو الأراضى التى تروى بالمطر وإنما كان شرط النقد يفسدها لتردده بين الثمنية إن رويت والسلفية إن لم ترو .

قوله : [كالنقد تطوعاً] : أى فيجوز ولو فى غير مأمونة.

قوله : [وجعل على تحصيل شيء] : إنما فسد للتردد المذكور .

وقوله : [فشرط النقد يفسده] : مفهومه أن النقد تطوعاً لا يضر على المعتمد كما ذكره (بن) وأيده بالنقول ، خلافاً لمن قال إن النقد يفسد الجعل مطلقاً ولو تطوعاً .

لحراسة زَرْعٍ) فشرط النقد يفسده لاحتمال فساد الزرع بجائحة ، فيكون المنقود سلفًا ، وسلامته فيكون ثمنًا .

(و) إجارة (مُسْتَأجَرٍ مُعَيَّنٍ) : كزيد بعينه أو هذه الدار بعينها فالمراد بالمستأجر المعين أعم من العاقل (يَتَأَخَّرُ) الشروع فيما استأجر عليه (بَعد) أى أكثر (مِن نِصفِ شَهْرٍ) فشرط نقد الأجرة يفسد الإجارة لاحتمال تلف الأجير المعين فيكون سلفًا ، وسلامته فيكون ثمنًا . فالعلة فى الجميع : التردد بين السلفية والثمنية والتقييد بالمعين مما زدناه عليه ؛ لما يأتى فى الإجارة أن غير المعين — وهو المضمون — يتعين فيه إما الشروع فى العمل أو تعجيل النقد . وقوله : « بعد نصف شهر » هو الصواب لا شهر كما قال :

● ثم ذكر أربع مسائل يمنع فيها النقد مطلقاً — بشرط وبغيره — ولا يختص المنع بها . وضابط ذلك — كما يأتى — أن كل ما يتأخر قبضه بعد أيام الخيار يمنع

قوله : [لحراسة زرع] : أى أو لرعى غنم معينة أو لخياطة ثوب معين وما ذكره المصنف من أن شرط النقد مفسد لها مبنى على أنه لايجب عليه خلف الزرع وما ألحق به إذا تلف ولكن المعتمد أنه يلزمه الخلف أو يعطيه الأجرة بتمامها ، ولا يضر شرط النقد وإنما ذكره المصنف جمعا للنظائر .

قوله : [لاحتمال تلف الأجير المعين] : أى وعقد الإجارة ينفسخ بتلف ما يستوفى منه حيث كان معيناً لا ما يستوفى به كما يأتى فى الإجارة .

قوله : [فالعلة فى الجميع التردد] إلخ :أى وحكمة منع التردد بين السلفية والثمنية ما فيه من سلف جر نفعاً ، لأن الدافع للثمن لم يكن قصده بالسلف على احتمال حصوله وجه الله بل رضاه به مجوّزاً كونه ثمناً ولولا ذلك ما دفعه هكذا قرر الأشياخ .

قوله : [يتعين فيه إما الشروع فى العمل] إلخ : أى لما يلزم عليه من ابتداء الدين بالدين إن لم يحصل أحد الأمرين .

قوله : [ولا يختص المنع بها] : أى لا خصوصية للمسائل الأربع التى ذكرها فى منع النقد فيها بشرط وبغيره بل هذا الحكم ثابت لمسائل أخرى غيرها ، ولذا زاد بعضهم عهدة الثلاث سواء كان البيع بتاً أو بخيار ، لأن عهدة الثلاث إنما

النقد فيه مطلقاً ، إذا كان لا يعرف بعينه ؛ لأن علة المنع فيه فسخ ما فى الذمة فى مؤخر ، وما يعرف بعينه لا يترتب فى الذمة . فقال :

* (ومُنع) النقد — (وإن بلاشَرطٍ — فى كُلٍّ ما يتَتأخَّرُ قبضُهُ عن مُدَّةِ الخيَارِ) : هذا إشارة للقاعدة المتقدم ذكرها . ومثّل لها بما ذكره الشيخ للإشارة إلى أن هذا الحكم لا ينحصر فيما ذكره فقال :

(كمُواضعَةٍ) بيعت بخيار .

(و) بيع شىء (غَائِبٍ) على الخيار .

(وكِراءٍ) لشىء كدار أو دابة كراء مضموناً أو غير مضمون بخيار ، فلا مفهوم لقوله : « ضمن » ؛ فمن اكترى دابة معينة أو غير معينة ليركبها أو يحمل عليها بخيار لم يجز نقد الأجرة فيه مطلقاً بشرط وبغيره، وإنما منع فى الكراء

تكون بعد أيام الخيار ولا تدخل فى أيامه وإلا لم يكن لاشتراطها فائدة كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [إذا كان لايعرف بعينه] : أى وهو المثلى مكيلا كان أو موزوناً أو معدوداً بأن يجعل ذلك ثمن أمة تتواضع أو ثمن الغائب أو أجرة الكراء أو رأس مال السلم ويكون العقد على الخيار كما سيأتى .

قوله : [فسخ ما فى الذمة] : أى وهو هنا الثمن الذى قبضه البائع وصار فى ذمته والمؤخر هو المبيع الذى يتأخر قبضه بعد أيام الخيار .

قوله : [كمواضعة بيعت بخيار] : يعنى أن من ابتاع أمة بخيار على المواضعة ، فإنه لا يجوز النقد فيها فى أيام الخيار ولو تطوعاً حيث كان الثمن مما لا يعرف بعينه لأنه يؤدى لفسخ ما فى الذمة فى معين يتأخر قبضه ، بيانه : أن البيع إذا تم بانقضاء زمن الخيار فقد فسخ المشترى الثمن الذى له فى ذمة البائع فى شىء لايتعجله الآن . وما قيل فى مسألة المواضعة يقال فى باقى المسائل الأربع .

قوله : [وبيع شىء غائب] : ظاهره سواء كان عقاراً أو غيره لوجود العلة .

قوله : [لم يجز نقد الأجرة] إلخ : أى بناء على أن قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر .

النقد مطلقًا وجاز فى البيع بالخيار النقد تطوعًا ؛ لأن اللازم فى البيع التردد بين السلفية والثمنية وهو إنما يؤثر مع الشرط ، واللازم فى الكراء فسخ ما فى الذمة فى مؤخر وهو يتحقق حتى فى التطوع .

(وسَلَمٍ) يأتى فى السلم إن شاء الله تعالى أنه يجوز السلم بالخيار لما يؤخر ما لم ينقد رأس السلم وإن تطوعا ، فقوله :

(بخيارٍ) راجع للأربعة .

● (وانقَطَعَ) الخيار ولزم البيع أو رده :

(بما دلَّ على الإمْضاءِ أو الرَّدِ) للبيع من قول كقول من له الخيار : أمضيت البيع أو قبلته أو رددته، ونحو ذلك . أو فعل كما يأتى أمثلته .

(وبِمُضِيِّ زمَنِه) : أى الخيار أى مدته المشترطة أو الشرعية ؛ وإذا مضت مدته .

• (فيَلْزمُ المبيعُ من هو بيدِه) من بائع أو مشتر ؛ كان الخيار لهما أو لأحدهما ولو كان المبيع بيد من ليس له الخيار .

قوله : [أنه يجوز السلم بالخيار لما يؤخر] : أى كما يجوز تأخيره رأس المال إليه وهو ثلاثة أيام .

قوله : [وانقطع الخيار] : شروع منه فى رافع الخيار ؛ وهو إما فعل أو قول أو غيرهما .

قوله : [وإذا مضت مدته] : أى وهى الأمد الذى جعله الشارع للخيار وما ألحق به .

قوله : [من هو بيده] : أى كان الخيار له أو لغيره ؛ وحاصله أنه إذا كان المبيع بيد البائع وانقضى أمد الخيار فإنه يلزم ردّ البيع كان الخيار له أو للمشترى ولو كان بيد المشترى حتى انقضى أمد الخيار وكان البيع لازما له كان الخيار له أو لغيره، فلو كان المبيع بيد البائع وكان الخيار للمشترى وادعى المشترى بعد انقضاء أمد الخيار أنه اختار إمضاء البيع قبل انقضاء أمد الخيار ويريد أخذه من البائع فلا تقبل دعواه إلا ببينة . وكذلك لو كان الخيار للبائع والمبيع بيده فبعد انقضاء أمد الخيار ادعى أنه اختار إمضاء البيع لأجل إلزام المشترى فلا تقبل دعواه إلا ببينة.

(وله) أى لمن بيده المبيع (الرَّدُّ فى كالغَدِ) : أى اليوم أو اليومين بعد انقضاء مدته .

(ولا يُقْبَلُ) منه : أى ممن له الخيار (بَعْدَهُ) : أى بعد زمن الخيار وما ألحق به دعواه (أنه اختَارَ) : أى قبل المبيع فى أيام الخيار ليأخذه ممن هو بيده أو يلزمها لمن ليست فى يده . (أو) دعواه أنه (ردَّ) البيع ليلزمها لبائعها أو ليأخذها البائع إن كان الخيار له (إلاَّ بِبَيِّنَةٍ) تشهد له بما ادعاه .

* وإذا علمت أن الخيار ينقطع بما دل على الرضا أو الرد من قول أو فعل :

(فالكتابَةُ والتدبيرُ) لرقيق بِيعَ بالخيار رضا من المشترى ؛ ورد للبيع من البائع لدلالة كل على ما ذكر ، فهذا وما بعده أمثلة للفعل الدال على ذلك . « والواو » بمعنى « أو » . وأولى من كل منهما العتق ولو لأجل .

(والتَّزويجُ) لأمة أو لعبد (والتلَذُّذِ) بأمة كذلك

وكذا لو كان المبيع بيد المشترى والخيار له ، وادعى بعد أمد الخيار أنه اختار الرد ليلزمه للبائع ، فلا تقبل دعواه إلا ببينة . أو كان الخيار للبائع والمبيع بيد المشترى وادعى بعد انقضاء أمد الخيار أنه اختار الرد لأجل انتزاعه من المشترى ، فلا تقبل دعواه إلا ببينة . وكل هذا ما لم يتصادقا ، وإلا فلا حاجة للبينة فى الجميع .

قوله : [الرد فى كالغد] : ظاهره أنه يردّ فى اليوم واليومين الزائدين على المدة التى حددها أوّلا وهو الستة والثلاثون فى العقار والعشرةُ فى الرقيق والخمسة فى غيرهما من سائر العروض والدواب وانظر هل هذا مسلم .

قوله : [فهذا وما بعده أمثلة للفعل] : إن قلت : إن الكتابة والتدبير والتزويج والرهن والبيع تحصل بالصيغة فكيف يكون فعلا ؟ إلا أن يجاب : بأن المراد بالفعل مايشمل الفعل النفسى ويراد بالقول ما كان فيه لفظ رضيت أو رددت .

قوله : [والتزويج لأمة أو لعبد] : لا خلاف فى أن تزويج الأمة يعد رضا . وأما تزويج العبد ففيه خلاف ، والمشهور أنه رضا خلافاً لأشهب . والمراد بالتزويج العقد ولو فاسداً ما لم يكن مجمعاً على فساده .

قوله : [والتلذذ بأمة] : حاصله أنه إن فعل فعلا بالأمة موضوعاً لقصد اللذة — مثل كشف الفرج والنظر إليه — فهو محمول على قصد التلذذ والرضا أقر أنه قصد اللذة أم لا ، وأما إن فعل فعلا ليس موضوعاً لقصد التلذذ — ككشف الصدر

(والرَّهْنُ) لشىء بيع بالخيار من بائع أو مشتر كذلك (والبَيْعُ) له ولو بلا تسوّق (والتَّسَوُّقُ) : أى إيقافه فى السوق للبيع ولو لم يبع أو لم يتكرر (والوسمُ) : بنار أو فصد (وتَعَمُّدُ الجِنَايَةِ) على المبيع بالخيار

أو الساق – فإن قصد به التلذذ عدّ رضاً منه وإن لم تحصل لذة بالفعل ، وإن أنكر ذلك . وقال : قصدت التقليب ، فلا يعد رضاً ولو حصلت له اللذة بها كما قرره شراح خليل . ومفهوم : « أمة » أن التلذذ بالذكر لا يعد رضاً من المشترى ولا ردّاً من البائع .

قوله : [والرهن] : أى على المشهور وهو مذهب المدونة . وظاهره : أنه يعد رضاً وإن لم يقبضه المرتهن من الراهن وهو كذلك لكن ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا كان الراهن قبضه من البائع وأما إذا لم يقبضه من البائع ورهنه فلا يعد ذلك رضاً .

قوله : [ولو لم يبع أو لم يتكرر] : أى على المشهور الذى هو مذهب ابن القاسم .

قوله : [أو فصد] : مثله الحجامة وحلق الرأس والإسلام للصنعة ولو هينة أو المكتب كما فى الأصل .

قوله : [وتعمد الجناية] : حاصله أنه إذا جنى البائع زمن الخيار والخيار له ، فإن كان عمداً فهو رد للبيع ، وإن كان خطأ فللمشترى خيار العيب ، إن أجاز البائع البيع إن شاء تمسك ولا شىء له أو رد وأخذ الثمن ، هذا إذا لم يحصل فى المبيع تلف . فإن تلف انفسخ فيهما . وإن كان الخيار للمشترى ، وتعمد البائع الجناية ولم يتلف المبيع ، فللمشترى الرد أو الإمضاء وأخذ أرش الجناية ، وإن تلف ضمن الأكثر من الثمن والقيمة . وإن أخطأ البائع فللمشترى أخذه ناقصاً ولا شىء له من أرش النقص أو رده للبائع وإن تلف انفسخ ، فهذه ثمان صور فى جناية البائع . وإن جنى المشترى – والخيار له – عمداً ولم يتلفه فهو رضاً وخطأ فله رده وما نقص ، وله التمسك ولا شىء له . وإن أتلفه بالجناية ضمن الثمن كانت الجناية عمداً أو خطأ . وإن كان الخيار للبائع وجنى المشترى عمداً أو خطأ ولم يتلف المبيع فله رد البيع وأخذ أرش الجناية أو الإمضاء وأخذ الثمن . وإن تلف فى العمد أو الخطأ ضمن الأكثر من الثمن والقيمة : فهذه ثمان أيضاً . فالجملة ست عشرة

(والإجارةِ) من مشترٍ لا بائع كما يدل عليه الاستثناء الآتى :

هذه الأمور كلها كما تكون (من المُشْتَرِى) بالخيار (رضًا) : أى قبولا للمبيع لدلالتها عليه (ومِن البائع ردٌّ) للمبيع بالخيار .

(إلا الإجارة) من البائع ؛ فإنها لا تدل على الرد ، لأن الغلة له والضمان منه ما لم تزد مدتها على مدة الخيار . فقوله « إلا » إلخ مستثنى من قوله : « ومن البائع رد » .

* (و) إذا مات من له الخيار أو فلس (انتَقَلَ) الخيار (لِوارِثٍ) له ليس معه غريم أو معه غريم ولم يحطّ الدين بمال الميت أخذاً من قوله :

* (و) انتقل (لغريمٍ إن أحاط دينُهُ) بمال الميت وحينئذ (فلا كلام لوارثٍ) مع الغريم المذكور . ولو مات المشترى وتعدد وارثه فليس لهم إلا أن يأخذوا أو يردوا جميعًا وليس لهم التبعيض. (والقياسُ) إذا اختلفوا فأجاز البعض ورد البعض : (ردُّ الجَمِيع) : أى جميع ورثة المشترى بالخيار (إن ردَّ بعضُهم) فيجبر المجيز على الرد مع من رد لما فى التبعيض من ضرر الشركة . فكما أن من ورثوا الخيار عنه ليس له رد بعض السلعة وقبول بعضها للضرر بالبائع ، فكذلك هم ليس لبعضهم القبول ولبعضهم الرد إذا لم يرض البائع بذلك لضرر الشركة ، فألحق الوارث بالمشترى فى عدم جواز التبعيض والجبر على الرد بجامع الضرر فى كل وليس للمجيز أخذ مناب من رد إذا لم يرض البائع ، وهذا للإمام فى

صورة قد علم تفصيلها تركها المصنف ، وهى فى خليل وشراحه .

قوله : [والإجارة من مشترٍ] : أى ولو مياومة .

قوله : [لا بائع] : أى فلا تعد إجارته ردًّا إذا كان الخيار له لأن الغلة له على كل حال وسيأتى تقييدها .

قوله : [والقياس] : إلخ قال فى جمع الجوامع : وهو حمل معلوم على معلوم لمساواته له فى علة حكمه عند الحامل وإن خص بالصحيح حذف الأخير ، فقوله : « حمل معلوم » المراد به هنا الوارث وقوله : « على معلوم » المراد به الموروث الذى هو المشترى . والعلة ضرر الشركة والحكم التصرف بالإجازة والرد .

المدونة . والاستحسان عنده أيضًا أن للمجيز أخذ جميع السلعة فلا يجبر على الرد إن رد البعض واقتصرنا على القياس لقوله فى المدونة : وهذا هو النظر ، ثم قال فيها أيضًا : واستحسن لمن أجاز منهم أن يأخذ مناب من لم يجز .

(وهو) : أى القياس (فى ورثة البائع) الذى له الخيار حيث مات (إجازةُ الجميعِ إن أجاز بعضُهم) ويجبر من رد البيع على الإجازة مع المجيز ، عكس ورثة المشترى . وهل يتعين فيهم القياس ولا يجرى فيهم الاستحسان ؟ وهو قول ابن أبى زيد ، أو يجرى فيهم أيضًا ؟ وهو قول بعض القرويين . وعليه فالمرادُ منهم أخذ الجميع . والقياس فى كل هو المعتمد .

● (والمِلكُ) للمبيع بالخيار فى زمنه — سواء كان لأحد المتبايعين أو لأجنبى —

قوله : [والاستحسان] : هو معنى ينقدح فى ذهن المجتهد تقصر عنه عبارته والمراد بالمعنى دليل الحكم الذى استحسنه ووجه استحسان أخذ المجيز الجميع أن المجيز حيث أخذ الجميع يدفع جميع الثمن للبائع ويرتفع ضرر الشركة بالتبعيض .

قوله : [القياس فى كل هو المعتمد] : أى فالمعتمد فى ورثة المشترى ردّ جميع السلعة للبائع إن رد بعضهم وفى ورثة البائع إمضاء الجميع البيع إن أمضى بعضهم .

● تنبيهان : الأول يتنقل الخيار الذى كان للمكاتب لسيده حيث عجز فى مدة الخيار وقبل الاختيار كان بائعاً أو مشترياً ، فالسيد عند عجز المكاتب بمنزلة الوارث أو الغريم إذا مات المورث أو من أحاط الدين بماله قبل الاختيار .

● الثانى : إذا جنّ من له الخيار وعلم أنه لايفيق أو يفيق بعد طول يضر الصبر إليه بالآخر نظر الحاكم الشرعى فى الأصلح له من إمضاء أو رد . وأما لو أغمى من له الخيار فإنه ينتظر إفاقته لينظر لنفسه ، فإن طال إغماؤه بعد مضى زمنه بما يحصل به الضرر فسخ البيع ولا ينظر له حاكم ولا غيره . وقال أشهب : ينظر له (اهـ) من الأصل .

قوله : [والملك للمبيع] إلخ : هذا هو المعتمد ، وعليه فالإمضاء نقل للمبيع من ملك البائع لملك المشترى . وقيل : إن الملك للمشترى فالإمضاء تقرير

(للبائع ، والضمانُ منه ؛ فالغلّةُ وأرشُ الجناية) على المبيع بالخيار : (له) أي للبائع .

(بخلاف الولَدِ والصوفِ) فهما للمشترى إذا تم له الشراء لأنهما كجزء من المبيع .

(ولو قبَضه المشترى) وادعى ضياعه زمن الخيار (ضمن فيما يغاب عليه) كالرهن (إلا لبيّنةٍ) تشهد بضياعه بلا تفريط من المشترى فلا يضمن (وحلَف في غيره) : أي في غير ما يغاب عليه — كالحيوان — حيث اتهمه البائع : (لقد ضاع وما فرّطَ ، إلا أن يظهرَ كذبُه) : أي المشترى في

للملك المشترى وأصل ملكه حصل بالعقد ، وهذا معنى قولهم : إن بيع الخيار منحل ، أي أن المبيع على ملك البائع أو منعقد أي أنه على ملك المشترى لكن ملكه له غير تام لاحتمال رده . ولذلك كان ضمان المبيع من البائع على القولين اتفاقاً : فثمرة الخلاف إنما هي في الغلة الحاصلة في مدة الخيار وما ألحق بها ، فهي للبائع على الأول وللمشترى على الثاني . إلا أن كون الغلة للمشترى على القول الثاني مخالف لقاعدة : « الخراج بالضمان » و : « من له الغنم عليه الغرم » فإن الغنم هنا للمشترى والغرم الذى هو الضمان على البائع اهـ من حاشية الأصل .

قوله : [فالغلة وأرش الجناية] : إلخ : مثل الغلة ما يوهب للعبد المبيع بالخيار في زمنه فإنه للبائع إلا أن يستثنى المشترى ماله .

قوله : [والصوف] : أي التام أو غيره . وأما الثمرة المؤبرة فكمال العبد لاتكون للمشترى إلا بشرط .

قوله : [ولو قبضه المشترى] : أي المشترى على الخيار لو قبض الشيء المشترى سواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً وما تقدم من انتقال ضمان الفاسد بالقبض إنما هو في البيع بالبت .

قوله : [وحلف في غيره] : أي متهما أو لا بخلاف المودع والشريك لايحلف إلا إذا كان متهما .

قوله : [إلا أن يظهر كذبه] : استثناء من مقدر أي وحلف ولا ضمان عليه إلا أن يظهر كذبه فإنه يضمن وليس استثناء من قوله وحلف في غيره ، فلو شهدت بينة بكذبه وشهدت أخرى بصدقه قدمت بينة الكذب على المعتمد كذا في الحاشية .

دعواه الضياع ، كأن يقول : ضاع يوم كذا ، فتشهد البينة على رؤيته عنده بعد ذلك اليوم ، أو تشهد عليه بأنه أكله أو أتلفه أو باعه فإنه يضمن، ولا يقبل منه يمين . وإذا نكل عند توجه اليمين عليه غرم .

* ثم بين ما يغرمه للبائع وهو يختلف باختلاف الأحوال فقال : (الأَكْثَرَ) أى يضمن المشترى للبائع إذا ادعى ضياع ما يغاب عليه أو ما يغاب إذا ظهر كذبه أو نكل الأكثر (مِنَ الثَّمَنِ) الذى وقع به البيع (والقِيمَةِ) هذا (إن كان الخِيَارُ للبائِعِ) فى الصور الثلاث .

(إلا أن يَحلِفَ) فى صورة ما يغاب عليه : إنه (ما فَرَّطَ) فى ضياعه فالثمن خاصة إن قل عن القيمة ؛ لأنه إذا ساوى القيمة أو كثر عنها لم يتوجه عليه اليمين إذ لا ثمرة لها حينئذ كما هو ظاهر .

(كأن كانَ الخِيارُ له) : أى للمشترى ، فإنه يغرم الثمن الذى وقع به البيع ولو كان الخيار لهما غُلِّبَ جانب البائع فيما يظهر لأن الملك له .

قوله : [الأكثر] : معمول لقوله ضمن وما بينهما اعتراض .

قوله : [والقيمة] : أى وتعتبر يوم قبض المشترى المبيع .

قوله : [فى الصور الثلاث] : الأولى : ما إذا كان يغاب عليه وادعى الضياع ولم تقم له بينة . والثانية : ما لايغاب عليه واتهمه ولم يحلف . والثالثة : ما لا يغاب عليه وظهر كذبه .

قوله : [إلا أن يحلف] إلخ : هذه هى الأولى .

قوله : [فالثمن خاصة] : حاصله أن المبيع إذا كان مما يغاب عليه وادعى المشترى ضياعه أو تلفه ولم تقم له بينة فإنه يلزمه الأكثر من الثمن والقيمة كما مر ، فإن كان الثمن أكثر أو مساوياً للقيمة غرمه ولاكلام وإن كانت القيمة أكثر وغرمها فلا كلام. وإن أراد أن يغرم الثمن الذى هو أقل منها حلف اليمين والموضوع أن الخيار للبائع .

قوله : [فإنه يغرم الثمن الذى وقع به البيع] : أى لأنه يعد راضياً وسواء كان الثمن أقل من القيمة أو أكثر ما لم يحلف عند أشهب أنه لم يرد الشراء ، وإلا كانت عليه القيمة إن كانت أقل .

(ولو اشْتَرَى) شخص (أَحَدَ) سلعتين (كَثَوبَيْن ، وقَبَضَهُمَا) من البائع ليختَارَ) واحداً منهما ويرد الآخر (فادَّعَى ضَيَاعَهُما) معاً (ضَمِنَ واحداً منهما فقط) ؛ لأنه فى الآخر أمين لا ضمان عليه فيه (بالثَّمَنِ) الذى وقع به البيع سواء (كانَ فيما يختارُهُ بِخِيَارٍ أو لا) بأن كان فيه على البت وقيل : المسألة مفروضة فى الأول، وأما لو كان فيما يختاره على البت — لاشتركا فيهما — ولزمه

● تنبيهان : الأول : لو غاب البائع على المبيع بالخيار وادعى التلف والضياع — والخيار لغيره ، مشتر أو أجنبى — فإنه يضمن الثمن . ومعنى ضمانه رده للمشترى إن كان قبضه ، وإلا فلا شىء له — كذا فى الأصل .

● الثانى : اشتريا دابتين خياراً ادعى كل التلف وقال أهل الموضع : إنما تلفت واحدة ، فحكى ابن رشد قولين : براءتهما لصدق أحدهما قطعاً ولا يضمن الثانى بالشك ، وضمان كل نصف دابته وصوّبه عبد الحق فى تهذيبه كما فى الا (مج) .

قوله : [ولو اشترى شخص أحد سلعتين] : لما أنهى الكلام على بيع الخيار شرع فى الكلام على الاختيار الجامع للخيار والمنفرد عنه فالأقسام ثلاثة : بيع خيار فقط ؛ وقد تقدم . وبيع اختيار فقط ؛ وبيع خيار واختيار ؛ والكلام الآن فيهما . وفى كل منها ؛ إن اشترى ثوبين مثلا : إما أن يدعى ضياعهما معاً أو ضياع أحدهما ؛ أو تمضى المدة مع بقائهما ولم يختر ؛ فهذه تسع صور يعلم تفصيلها مما تقدم ومن هنا .

وحاصله : أن الثوبين فى بيع الخيار فقط كلاهما مبيع فيضمنهما ضمان الرهان إن ادعى ضياعهما أو ضياع أحدهما . فإن مضت مدة الخيار ولم يختر لزماه معاً ؛ فهذه ثلاث . وفى الاختيار فقط إن ادعى ضياعهما أو ادعى ضياع أحدهما أو مضت مدة الاختيار ولم يختر لزمه النصف من كل منهما فيغرم نصف ثمن أحدهما ونصف قيمة الآخر ؛ فهذه ثلاث أيضاً . وفى بيع الخيار والاختيار إن ادعى ضياعهما معاً ضمن واحداً بالثمن وإن ادعى ضياع واحد فقط ضمن نصفه وله اختيار الباقى . وإذا مضت المدة ولم يختر لم يلزمه شىء ؛ فهذا ثلاث أيضاً فلتحفظ تلك الصور التسع

قوله : [وقيل المسألة مفروضة] : هذا هو المعتمد لما سيأتى .

نصف قيمة أحدهما ونصف ثمن الآخر .

(و) إن ادعى (ضَيَاعَ واحد) منهما — ولم يكن له بينة بضياعه — (ففى الخِيَارِ معه) : أى مع الاختيار — بأن شرط أنه فيما يختاره بالخيار (ضَمِنَ نِصفَه) لعدم العلم بالضائع ، هل هو المبيع بالخيار ، أو الثانى ؟ فأعملنا الاحتمالين .

(وله) : أى للمشترى فى ادعاء ضياع واحد فقط (اختيارُ البَاقِى) ورده لربه ، إن كان زمن الخيار باقياً . وليس له اختيار نصفه لما فيه من ضرر الشركة . فإن قال : كنت اخترت ما ضاع قبل ضياعه ، صدّق ولزمه ثمنه . ولو قال : كنت اخترت هذا الباقى ثم ضاع الآخر وأنا فيه أمين ، لم يصدق ويلزمه نصفه .

* (وفى الاخْتِيَارِ فَقَطْ) : أى دون خيار ؛ بأن كان فيما يختاره على البت وادعى ضياع أحدهما ولا بينة (لَزِمَهُ النِّصْفُ مِن كُلٍّ) : من التالف والباقى ، وليس له اختيار الباقى — كما نص عليه ابن يونس— لأنه إنما يكون له الخيار إن وقع البيع على الخيار ولم تنقص مدته ؛ وهذا مما يرجح القيل المتقدم فى ضياعهما معاً ويضعف التعميم الذى ذكرناه فى الأصل فتدبر .

* ثم شبَّه فى لزوم النصف من كل قوله :

قوله : [فأعملنا الاحتمالين] : أى احتمال كون الضائع هو المبيع واحتمال كونه غيره أى ارتكبنا حالة وسطى ، لأنه على احتمال كون الضائع هو المبيع يلزمه كله وعلى احتمال كونه غير المبيع لايلزمه شيء لأنه وديعة عنده فتوسطنا وأخذنا من كل طرفا .

قوله : [اختيار الباقى] : أى على المشهور وهو قول ابن القاسم .

قوله : [وليس له اختيار نصفه] : أى خلافاً لابن المواز القائل القياس أن له اختيار النصف الباقى لا جميعه ، وذلك لأن المبيع ثوب واحد فإذا اختار جميع الباقى لزم كون المبيع ثوباً ونصفاً وهو خلاف فرض المسألة . وأجيب بأن هذا أمر جر إليه الحكم لدفع ضرر الشركة .

قوله : [لأنه إنما يكون له الخيار] إلخ : المناسب الاختيار وهو إظهار فى محلّ الإضمار

(كانقضاء مُدَّتِه) أى الاختيار (بلا ضَيَاعٍ) ولم يختر واحداً منهما ، فإنه يلزمه النصف من كل ، ويكونان شريكين فى كل إذا لم يرضيا بأخذ كل منهما ثوبًا ويترك لصاحبه الآخر .

* (ولو انقضَت) مدة الخيار والاختيار (فى) اشتراء أحدهما على (الخيارِ معه) : أى مع الاختيار بأن اشترى أحدهما على أن يختار ، ثم هو فيما يختاره بالخيار فمضت المدة ولم يختر (لم يَلْزَمْهُ شىءٌ) من الثوبين ولا شركة فيهما ، لأن ترك الاختيار حتى مضت مدة الخيار دليل على إعراضه عن الشراء وسواء كان المبيع بيده أو بيد البائع إذا لم يقع البيع على معين فيلزمه ولا على لزوم أحدهما فيشتركا .

● ولما أنهى الكلام على ما أراد من القسم الأول الذى هو خيار التروى ، شرع فى بيان القسم الثانى وهو خيار النقيصة فقال :

● (و) القسم (الثَّانى) وهو خيار النقيصة قسمان : ما وجب لفقد شرط ، وما وجب لظهور عيب فى المبيع .

وإلى الأول أشار بقوله :

● (ما) أى خيار (وَجَبَ) : أى ثبت بعد إبرام البيع (لعَدَمِ) : أى لأجل فقد شىء (مَشْرُوطٍ) شرط فى العقد (فيه) : أى فى ذلك المشروط (غَرَضٌ) للمشترى كان فيه مالية ؛ كشرط كونها طباخة فلم توجد كذلك ، أو لا ماليَّة فيه : كاشتراط كونها ثيباً ليمين عليه ألاّ يطأ بكراً فوجدها بكراً كما يأتى فى الأمثلة إذا وقع الشرط فى العقد (ولو حُكْمًا ، كمناداة) عليها حال تسويمها

قوله : [كان فيه مالية] : أى بأن الثمن يزيد عند وجوده ويقل عند عدمه .

قوله : [كاشتراط كونها ثيباً] إلخ : أى وكما لو اشترى جارية بشرط كونها نصرانية فوجدها مسلمة فأراد ردها ، وادعى أنه إنما اشترط كونها نصرانية لإرادته تزويجها من عبده النصرانى ويصدق فى قوله ببينة أو وجه بخلاف دعوى أن عليه يميناً فى مسألة الثيب فإنه يصدق ولو لم تقم له بينة ولم يظهر له وجه .

أنها طباخة أو خياطة فتوجد بخلافه ، فيثبت للمشترى الخيار فله الرد . ومثّل للمشروط الذى فيه الغرض بقوله :

(كَطَبْخٍ وخِيَاطَةٍ) ونسج وقوة حمل وفراهة وطحن وحرث من كل وصف فيه حق مالى (وثيوبَةٍ لِيمِين) عليه أنه لا يطأ الأبكار ثم (يَجِدُهَا بِكْراً) ويصدق فى دعوى اليمين ، لا إن انتفى الغرض ، كما لو اشترى عبداً للخدمة واشترط ألاّ يكون كاتباً فوجده كاتباً ولا إن وجدها بكراً فى غير يمين فيلغى الشرط ، ولا ردّ .

● وأشار للقسم الثانى بقوله :

● (أو) ما وجب (لِنَقْصٍ) أى لوجود نقص فى المبيع — عقاراً كان المبيع أو عرضاً أو عيناً فيشمل الثمن (العَادَةُ السَّلامَةُ منه) فى ذلك المبيع ، فله الرد به إن أخلّ بالذات أو بالثمن أو التصرف العادى أو كان يخاف عاقبته لا إن لم يخل بشىء من ذلك كما يأتى بيان ذلك كله (كَعَشَاوَةٍ) بعينه لعدم تمام البصر ، وكذا إذا كان يعشو بالعين المهملة أى لا يبصر ليلاً (وعَوَرٍ) : وأولى العمى ، وهذا إذا كان المبيع غائباً وبيع بالصفة أو رؤية متقدمة ، أو كان المشترى أعمى حيث كان العور ظاهراً ، وإلا فلا ينفعه دعوى أنه لم يره حال البيع ، فإن كان خفياً كما لو كان المبيع تام الحدقة يظن فيه أن يبصر فله الرد ولو كان حاضراً والمشترى بصيراً (وظَفَرٍ) بعينه : وهو لحم ينشأ على بياض العين من جهة

قوله : [فيثبت للمشترى الخيار] : أى حيث لم تكن العادة التلفيق من السمسار ، فإن كانت العادة التلفيق فلا يعد قوله شرطاً .

قوله : [ويصدق فى دعوى اليمين] : أى ولو لم تقم له بينة ولم يظهر له وجه خلافاً لما يفيده كلام ابن سهل من أنه لابد من ثبوت ذلك .

قوله : [فيلغى الشرط] : أى لكونه لا غرض فيه ولا نفع للمشترى نعم ذكر بعضهم أنه إذا اشترط فى عبد الخدمة أن يكون غير كاتب فوجده كاتباً أن له الرد وأن هذا الشرط لغرض وهو خلاف اطلاع العبد على عورات السيد .

قوله : [وظفر] : بالتحريك . ومثله الشعر النابت فى العين فيرد به وإن لم يمنع البصر .

الأنف إلى سوادها (وعَرَجٍ وخِصَاءٍ) بغير بقر (واستِحَاضَةٍ): بأمة ولو وخشاً لأنها من المرض الذى شأن النفوس أن تكرهه (وعَسَرٍ) بفتحتين: وهو العمل باليد اليسرى فقط بخلاف الأضبط وهو من يعمل بكل من يديه وسواء كان الأعسر ذكراً أو أنثى (وبَخَرٍ): عفونة الفرج وكذا عفونة النفس إذا قوى (وزِنًا) من ذكر أو أنثى أى ثبت أنه كان زنى عند البائع (وشُرْبٍ) لمسكر وكذا أكل المغيب كأفيون وحشيشة (وزَعَرٍ) لذكر أو أنثى: وهو عدم نبات شعر العانة لدلالته على المرض إلا لدواء

قوله: [وخصاء]: بالمد فهو عيب وإن زاد فى ثمن الرقيق لأنه منفعة غير شرعية كغناء الأمة.

قوله: [بغير بقر]: أى فإن الخصاء فيها ليس عيبا لأن العادة أنه لا يستعمل منها إلا الخصى والظاهر أن المراد خصوص البقر لا ما يشمل الجاموس لأن العادة فيه عدم الخصاء. وظاهر كلامهم أن الخصاء فى جميع أنواع الحيوان غير البقر يردّ به ولو يزيده حسناً.

قوله: [واستحاضة]: أى إن ثبت أنها من عند البائع احترازاً من الموضوعة للاستبراء تحيض، ثم يستمر عليها الدم فلا ترد، لأنه لا يرد إلا بالعيب القديم. ومثل الاستحاضة تأخير حيضة الاستبراء عن وقت مجيئها زمناً لا يتأخر الحيض لمثله عادة لأنه مظنة الريبة. وهذا فيمن تتواضع. وأما من لا تتواضع فلا ترد بتأخير الحيض إذا ادعى البائع أنها حاضت عنده، لأنه عيب حدث عند المشترى لدخولها فى ضمانه بالعقد إلا أن تشهد العادة بقدمه.

قوله: [ذكراً أو أنثى]: أى عليا أو وخشا.

قوله: [وكذا عفونة النفس إذا قوى]: أى ولو من ذكر كما فى (ح) لتأذى سيده بكلامه وهذا بخلاف عيب التزويج فلا يرد ببخر الفم لبناء النكاح على المكارمة كما تقدم.

قوله: [وزناً]: شمل اللواط فاعلا أو مفعولا.

قوله: [وهو عدم نبات شعر العانة]: أى وأما قطع ذنب الدابة فيسمى بتراً، وهو عيب أيضاً.

ومثله عدم نبات شعر الحاجب أو الهدب (وزيادة سن) : من ذكر أو أنثى فى مقدم الفم أو مؤخره (وجذام ولو بأصل) بأن كان بأحد أبويه وإن علا ، لأنه يسرى فى الفروع فيخاف عاقبته (وجنونه) : أى الأصل من أب أو أم (بطبع) : أى لا دخل لمخلوق فيه فشمل الوسواس والصرع المذهب للعقل والعته .

(لا) إن كان (بمس جن) فلا يرد به الفرع لعدم سريانه له عادة والبرص كالجذام (وسقوط سن من مقدم) أى مقدم الفم مطلقاً ولو من ذكر أو وخش (أو) من (رائعة) ولو فى غير المقدم (وإلا) تكن رائعة بل وخشاً أو ذكراً من غير المقدم (فأكثر) من سن ترد به ، لا بواحدة فهذا أوفى من كلامه (وشيب بها) : أى بالرائعة فقط ترد به (لا بغيرها) من ذكر أو وخش فلا يرد بالشيب (إلا أن يكثر) فيرد به ، وهذا إذا لم يشترط فى العقد وإلا رد به ولو لم يكثر (وبول بفرش) : أى حال النوم (فى وقت ينكر) البول فيه ، بأن يبلغ سناً لا يبول الإنسان فيه غالباً (إن ثبت حصوله عند البائع)

قوله : [ومثله عدم نبات شعر الحاجب أو الهدب] إلخ : أى فهما عيب ولو كانا لدواء خلافاً لما يوهمه الشارح .

قوله : [وزيادة سن] : أى فوق الأسنان ، وأما كبر السن من المقدم فهو عيب فى الرائعة وانظره فى غيرها .

قوله : [أو أم] : أى مثلا فالمراد محرم .

قوله : : [فلا يرد به الفرع] : أى ولو كان الجنون الذى بمس جن فى أحد الأصول فلا يرد به أحد الفروع ، وأما لو كان الجنون بنفس المبيع فعيب يرد به قولا واحداً كان بطبع أو مس جن .

قوله : [وسقوط سن] : أى لغير إثغار ولغير من طعنت فى الكبر بحيث لا يستغرب سقوط أسنانه .

قوله : [وشيب] : أى إن وجد قبل أوانه وأما فى بنت الستين فليس بعيب .

قوله : [وهذا إذا لم يشترط] : أى وأما إذا اشترط شىء فيعمل به إذا تخلف المشروط ، وإن لم تكن العادة السلامة منه فالمدار فى الشرط على الغرض الشرعى فى جميع مسائل الباب .

بإقراره أو ببينة (وإلا) يثبت (حَلَفَ) البائع أنها لم تبل عنده ولم يعلم بأنها بالت عنده ، فإن نكل ردت عليه الذات المبيعة ذكراً أو أنثى وهذا (إن بَالَت) بعد الشراء (عندَ أمينٍ) أنثى أو ذكر له زوجة أو أم ويصدق الأمين فى بولها عنده ، فإن لم تكن عند أمين فالقول للبائع بيمين . وعليه فلا مفهوم لقولهم : عند أمين ، إلا أن يحترز به عن كونها تحت يد البائع وادعى المشترى بولها عنده فالقول للبائع بلا يمين . وظاهرٌ أن اختلافهما فى قدمه وحدوثه بدليل أن الأمين مصدق فيما قاله لا أنه فى وجوده وعدمه كما قيل .

(وتَخَنُّثُ عَبْدٍ وفُحُولَةُ أمة اشتَهَرَت بذلك) الأظهر من التأويلين تأويل غير عبد الحق من أن المراد به التشبه بأن يتشبه العبد فى كلامه وحركاته بالنساء وأن تتشبه الأمة فى ذلك بالرجال ، وقوله : « اشتهرت » بالتاء إشارة إلى أن قيد الاشتهار إنما يكون فى الأمة فقط وهو ظاهر المدونة ، ووجهه فى التوضيح : بأن التخنث فى العبد يضعفه عن العمل وينقص نشاطه. والتذكير فى الأمة لا يمنع جميع الخصال التى تراد منها ولا ينقصها . فإذا اشتهرت بذلك كان عيباً لأنها ملعونة كما

قوله : [ولم يعلم بأنها بالت عنده] : تصوير اليمين البائع فهو تفسير لما قبله لأن يمينه لا تكون إلا على نفى العلم .

قوله : [كما قيل] : القائل له (عب) وتبعه فى الأصل ، فقال ودل قوله : إن أقرت إلخ على أن اختلافهما فى وجوده وعدمه لا فى حدوثه وقدمه إذ لا يحسن حينئذ أن يقال إن أقرت إلخ . واختلافهما فى الحدوث والقدم القول لمن شهدت العادة له أو رجحت بلا يمين وإن لم تقطع لواحد منهما فللبائع بيمين (اه) . وما قاله هنا فقد تبع فيه (بن) فتحصل أن المشترى إذا ادعى البول ولم يثبت حصوله عند البائع بإقرار ولا بينة فإن حصل عند المشترى أو عند الأمين لزم البائع اليمين على نفى القدم ما لم تقطع العادة أو ترجح حدوثه وإلا فلا يمين على البائع وما لم تقطع العادة أو ترجح قدمه وإلا فيرد على البائع من غير يمين من المشترى وإن كانت مجرد دعوى من المشترى فلا يمين على البائع .

فالحاصل أن توجه اليمين على البائع إنما يكون فى نفى القدم بعد ثبوت الحدوث وأما فى الوجود والعدم فلا تتوجه على البائع يمين لأنه مجرد دعوى من المشترى

فى الحديث . وجعل فى الواضحة قيد الاشتهار راجعاً لهما (ا هـ) فلذا اقتصر فى المختصر عليه . وتأوّلها عبد الحق : بأن المراد بالتخنث والفحولة الفعل ، بأن يفعل بالعبد وتفعل الأمة فعل شرار النساء . وردّه أبو عمران بأنه لو كان المراد به الفعل لكان عيبًا ولو مرة واحدة ولا يحتاج لقيد الاشتهار فى الأمة فظهر من هذا النقل أن الأرجح أن تخنث العبد عيب مطلقًا اشتهر به أو لا ،وأن فحولة الأمة لا ترد به إلا إذا اشتهرت به كما مشى عليه الشيخ ؛ لأن ظاهر المدونة يقدم على صريح غيرها وأن الأرجح من التأويلين فى تفسير التخنث التأويل الأول (وَكَرَهَصٍ) هو داء بحافر الدابة كالفرس (وعَثَرٍ) لدابة (وحَرَنٍ) بفتحتين (وعَدَمِ

ففى الحقيقة من نظر لمجرد الدعوى من المشترى قال التنازع ، فى الوجود والعدم ، ومن نظر لحصول البول عند الأمين والمشترى قال التنازع فى الحدوث والقدم وكل صحيح .

● تنبيه : من العيوب التى يردّ بها إذا وجد العبد البالغ غير مختون والأنثى البالغة غير مخفوضة حيث كانا مولودين ببلاد الإسلام وفى ملك مسلم أو طالت إقامتهما بين المسلمين وفى ملكهم كما أن وجود الختان والخفاض فى المجلوبين عيب خشية كونهم من رقيق أبق من المسلمين أو غار عليه الكفار وهذا إذا كانوا من قوم ليس عادتهم الاختتان . ومن العيوب أن يبيع الرقيق بعهدة درك المبيع من العيوب مع كونه اشتراه ببراءة من العيوب كما إذا اشتراه ممن تبرأ له من عيوب لا يعلمها مع طول إقامته عنده ثم يبيعه على العهدة ، فإنه يثبت للمشترى الرد بذلك لأنه يقول : لو علمت أنك اشتريته بالبراءة لم أشتره منك إذ قد أصيب به عيباً وأجدك عديماً فلا يكون لى الرجوع على بائعك .

قوله : [وكرهص] : أدخلت الكاف الدبر وهو القرحة والنطاح والرفس وتقويس الذراعين وقلة الأكل والنفور المفرطين وأما كثرة الأكل فليست عيباً فى الحيوان البهيمى وهى عيب فى الرقيق إن كانت خارجة عن المعتاد . وقال (بن) : وجدت بخط ابن غازى ما نصه : قيل العمل اليوم أن من اشترى فرساً فأقام عنده شهراً لم يمكن من رده بعيب قديم فانظر هل يصح هذا اهـ قلت وقد استمر بهذا العمل ففى نظم العمليات :

وبعد شهر الدواب بالخصوص بالعيب لا تردّ فافهم النصوص

حَمْلٍ مُعْتَادٍ) لمثلها بأن وجدها لا تطيق حمل أمثالها ، فَتُرَدُّ بذلك . ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب أدى لنقص فى الثمن أو المثمن أو خيف عاقبته . والشيخ ذكر هنا أمثلة كثيرة .

(ولا رَدَّ بِكَيٍّ لَمْ يَنْقُصْ) ثمنًا ولا ذاتًا (ولا) رد (بِتُهمَةٍ) لرقيق (بِكَسَرِقَةٍ) واختلاس وغصب (ظَهَرَتْ البَرَاءَةُ منها) بأن ثبت أن السارق غيره ، أو أن الشيء لم يسرق أصلا ، أو أقرّ رب المتاع بذلك ، فإن لم يثبت كان له الرد وهذا مالم يكن متهما فى نفسه مشهوراً بالعداء وإلا فله الرد مطلقًا.

* (ولا) رد (بِمَا لا يُطَّلَعُ عليه إلا بتَغَيُّرٍ للمَبِيعِ): من كسر أو نشر أو ذبح (كَسُوسِ خَشَبٍ وفَسَادِ جَوْزٍ ونحوه) كلوز وبندق (ومُرِّ قِثَّاءٍ) وبطيخ ووجود فساد باطن شاة بعد ذبحها (إلا لِشَرْطٍ) فيعمل به وترد .

* (ولا قِيمَةَ) للمشترى على البائع عند عدم الرد إذا لم يشترط ، وكذا لا قيمة للبائع على المشترى إذا ردها بالشرط ، إذا كسرها فى نظير الكسر فيما يظهر . وقولنا : « إلا لشرط » هو ما استظهره الشيخ فى التوضيح : لكن لم يذكره فى المختصر والعادة كالشرط .

قوله : [بأن وجدها لا تطيق حمل أمثالها] : أى فالمراد بالحمل ما يحمل على الدابة لا الولد . ولا يصح أن يصوّر بما إذا اشترط المشترى عند الشراء حمل الدابة فوجدها غير حامل ، لأن ذلك مفسد للبيع كما تقدم .

قوله : [لم ينقص ثمناً ولا ذاتاً] : فتى نقص الثمن أو الجمال والخلقة فهو عيب وإلا فلا .

قوله : [فإن لم يثبت] : أى أن السارق غيره ولم تظهر له براءة .

قوله : [ووجود فساد باطن شاة] : مثلها سائر الأنعام ، وهذا الفساد يسمى فى عرف أرباب الأنعام بالغش ويسمى الحيوان غاشًّا .

● تنبيه : مفهوم قوله : « ولا رد بما لا يطلع إلا بتغير » : أنه لو أمكن الاطلاع عليه قبل تغيره يرد لفساده ، كالبيض . لأنه قد يعلم قبل كسره .

وحاصله : أنه إن رد البيض لفساده بعد كسره فلا شيء عليه فى كسره — دلس البائع أم لا — إن كان لايجوز أكله كالمنتن ، وكذا إن جاز أكله كالممروق إن

* (ولا) رد (بعَيْبٍ قَلَّ بِدَار) : ككسر عتبة وسلم وسقوط شرافة مما جرت العادة بعدم الالتفات إليه ، ويزول بالإصلاح . ولا قيمة على البائع فى اليسير جدًّا كما مثلنا . وأما اليسير لا جدًّا ، بأن يكون ما دون الثلث — والثلث كثير — فأشار له بقوله :

(وَرَجَعَ بقيمةِ مالَه بالٌ منه) : أى من العيب القليل (فقط) لا رَدٌّ به إذا لم يبلغ الثلث (كصَدْعِ جِدَارٍ) منها (بغيرِ وَاجِهَتِهَا) ، إن لم يُخَفْ عليهَا منه ، وسواء خيف على الجدار نفسه أم لا على ظاهر كلام الأمهات .

(وإلا بأن كان بواجهتها) أو بغيرها وخيف على الدار السقوط منه (فكثيرٌ) ترد به (كَعَدَمِ منفعةٍ مِنْ مَنَافِعِهَا) : كملح بئر بمحل الحلاوة أى

دلس بائعه أو لم يدلس ولم يكسره المشترى . فإن كسره فله رده وما نقصه ما لم يفت بنحو قلى وإلا فلا رد ورجع المشترى بما بين قيمته سليما ومعيباً فيقوّم على أنه صحيح غير معيب وصحيح معيب فإذا قيل : قيمته صحيحاً غير معيب عشرة وصحيحاً معيباً ثمانية ، رجع بنسبة ذلك من الثمن وهو الخمس . وهذا إذا كسره بحضرة البيع فإن كان بعد أيام فلا ردّ له لأنه لا يدرى أفسد عند البائع أو المشترى كذا فى الأصل .

قوله : [قل بدار] : لا مفهوم للدار بل سائر العقارات كذلك ؛ كالفرن والحمام والطاحون والخان . والفرق بين العقار وغيره أن العقار يسهل إصلاح عيبه اليسير ولأنه لا يخلو عن عيب فلو رد باليسير لضر البائع فتسوهل فيه ولأنه لا يراد للتجارة غالباً .

قوله : [إذا لم يبلغ الثلث] : أى محل الرجوع بقيمة العيب دون رد المبيع إذا كثر ولم يبلغ الثلث ، وهذا قول أبى بكر بن عبد الرحمن ، وقيل : ما نقص عن الربع ، وقيل : ما نقصها عشرة إذا كانت قيمتها مائة وقيل إنه معتبر بالعرف ، وقيل ما نقص معظم القيمة .

قوله : [بأن كان بواجهتها] : أى وإن لم يخف عليها منه . فقوله : « وخيف على الدار » قيد فى الثانى فقط .

بمحل الآبار التي ماؤها حلو وكتهوير بئرها وغور مائها أو لعدم مرحاض بها أو كونه ببابها.

* (وكلُّ ما) أي عيب (نَقَصَ الثلثَ فأكثر من قيمتها (فله الرّد) به .

(كَسُوءِ جَارِها وكَثْرَةِ بَقِّهَا وَنَمْلِهَا وكشُؤمِها) : بأن جربت بأن كل من يسكن فيها يصاب بمصيبة (وجِنِّهَا) : أي يسكنها الجن فيؤذون ساكنها .

* (وإن ادّعَى الرَّقِيقُ) ذكراً أو أنثى (حُرِّيَّةً) بعتق سابق أو بغيره أو ادعت الأمة أنها مستولدة (لم يُصَدَّق) بلا بينة ، (ولا يَحْرُمُ) التصرف الشرعي فيه من وطء أو استخدام أو بيع . (لكنه) أي الادعاء المذكور (عَيْبٌ يُرَدُّ بِهِ) لبائعه (إن ادَّعَاهَا) : أي الحرية (قَبْلَ) دخوله في (ضَمَانِ المُشْتَرِي) له ، بأن كانت دعواه الحرية زمن العهدة أو المواضعة ، فإن صدرت منه بعد دخوله في ضمانه فلا يرد . (ثم إن بَاعَ) المشترى ذلك الرقيق (بَيَّنَ) للمشتري منه وجوباً أنه قد ادعى الحرية (مُطْلَقًا) سواء ادعاها قبل دخوله في

قوله : [أي بمحل الآبار] : أي في خط شأن آباره الحلاوة .

قوله : [أو كونه ببابها] : أي مواجهاً له أو كان في دهليزها أو كان بقرب الحائط بحيث يحصل منه نزز أو رائحة بمنزل النوم أو الجلوس

قوله : [نقص الثلث فأكثر] : أي على الراجح من الأقوال المتقدمة .

قوله : [وكثرة بقها] : : أي وأما أصل البق إذا لم يكن كثيراً فلا يرد به كالنمل . قال (بن) : وأما قول التحفة :

والبق عيب من عيوب الدور ويوجب الرد على المشهور

فقد تعقبه ولده في شرحه بأنه لابد من قيد الكثرة وأصلحه بقوله :

وكثرة للبق عيب الدور وتوجب الرد على المأثور (اهـ)

قوله : [وكشؤمها] : أي لما في الحديث الشريف « الشؤم في ثلاث : الدار والدابة والمرأة » .

قوله : [وجنها] : أي وإيذاء جنها فالعيب ظهور الإيذاء منهم وإلا فالمنازل لا تخلو من الجن .

قوله : [بيّن للمشتري منه وجوباً] : أي لأن هذا مما تكرهه النفوس .

ضمانه ولم يرد ، أو بعده . وكلامنا أوفى من كلامه رضى الله عنه .

● (والتَّغْرِيرُ الفِعْلىّ) من البائع كالشرط المصرح به ، فيرد به المبيع لأنه غررٌ ؛ بخلاف القولى كقوله : اشتر منى هذا الشىء فإنه جيد فيوجد بخلافه فيجرى على ما تقدم ، فإن وجد به عيباً منقصاً فله الرد وإلا فلا .

(كتَلْطِيخِ ثوبِ عبدٍ بمدادٍ) أو يجعل بيده قلماً ومحبرة ليوهم المشترى أنه كاتباً ، وكصبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد ، وكصقل سيف ليوهم أنه جيد فيوجد بخلافه .

قوله : [والتغرير الفعلى من البائع كالشرط] : أى ظهور الحال بعد التغرير الفعلى لانفس التغرير الفعلى .

قوله : [كقوله اشتر منى] إلخ : هذا المثال فيه تسامح فإن الغرور القولى فى هذا الوجه أشد من الفعلى . وإنما المناسب تمثيل الغرور القولى بما إذا لم يصاحبه عقد كما سيأتى لنا فى أمثلته فتأمل .

قوله : [فيجرى على ما تقدم] : أى من التفصيل بين العيب الظاهر والخفى ، وكون المشترى أعمى أو بصيراً . ومن الغرور القولى أن يقول شخص لآخر : عامل فلانا فإنه ثقة ملىء وهو يعلم خلاف ذلك ؛ فلا يضمن ذلك الشخص القائل ما عامل به الآخر على المشهور . ومحل عدم الضمان ما لم يقل : عامله وأنا ضامن ، وإلا ضمن ماعامله فيه. ومن الغرور القولى : صيرفى نقد دراهم بغير أجر فلا ضمان عليه ولو أخبر بخلاف ما يعلم ومن ذلك لو أعار شخص الآخر إناء مخروقاً وهو يعلم به وقال إنه صحيح فتلف ما وضع فيه ، فلا ضمان على الغارّ على المشهور. ومحل عدم الضمان بالغرور القولى ما لم ينضم له عقد إجارة ؛ كصيرفى نقدَ بأجرة وأخبر أنه جيد مع علمه برداءته ، وكمن أخذ أجرة على الإناء وأخبر أنه سالم مع علمه بخرقه قاله الأجهورى ، كذا يؤخذ من حاشية الأصل .

قوله : [كتلطيخ ثوب عبد] إلخ : أى عند إرادته بيعه فيثبت للمشترى الرد إن فعله البائع أو أمر بفعله فإن لم يثبت أن البائع فعله ولا أمر العبد بفعله فلا رد للمشترى لاحتمال فعل العبد ذلك بغير إذن السيد لكراهة بقائه فى ملكه .

قوله : [أنه كاتباً] : هكذا نسخة الأصل بالنصب والمناسب الرفع لأنه خبر أن .

(وتَصريةَ حَيَوانٍ) أى ترك حلبه ليعظم ضرعه فيظن به كثرة اللبن ولو آدمياً كأمة لرضاع . قال المازرى : ولو كانت التصرية فى غير الأنعام كالحمر والآدميات فللمبتاع مقال ؛ فإن زيادة لبنها يزيد فى ثمنها لتغذية ولدها .

(ويُرَدّ) الحيوان (إنْ حَلَبَهُ) المشترى (بصَاعٍ) : أى مع صاع (من غَالِبِ القُوتِ) لأهل البلد ، ورد الصاع خاص بالأنعام . وظاهره اتحاد الصاع ولو تكرر حلابها حيث لا يدل على الرضا . وغير الأنعام ترد بلا صاع كالأنعام إذا لم يحلبها كما يأتى (وحَرُمَ رَدُّ اللَّبَنِ) الذى حلبه منها بدلا عن الصاع ولو تراضيا على ذلك (كَغَيْرِهِ) : أى غير اللبن من طعام أو عين أو غيرهما

قوله : [من غالب القوت] : أى ولا يتعين كونه من تمر على المذهب وقيل يتعين لوقوعه فى الحديث حيث قال « إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر »[1] وحمله المشهور على أنه كان غالب قوت أهل المدينة . ثم إن قوله : « من غالب القوت » يشعر بأن هناك غالباً وغيره . أما إن لم يكن هناك غالب بل كان هناك صنفان مستويان أو ثلاثة مستوية فإنه يخير فى الإخراج من أيها شاء من الأعلى أو الأدنى أو الأوسط ، قاله البساطى وهو ظاهر كلامهم ، وقال الشيخ على السنهورى : يتعين الإخراج من الأوسط .

قوله : [وحرم رد اللبن]: أى غاب عليه المشترى أم لا . وهذا إذا رد اللبن بدون الصاع وأما لو ردّ اللبن مع الصاع فلا حرمة واعلم أن رد المشترى للصاع أمر تعبدى أمرنا به الشارع ولم نعقل له معنى ، وذلك لأن القاعدة أن «الخراج بالضمان » « والضمان على المشترى » ، فمقتضاه أن يفوز باللبن ولا شىء عليه كما قال بعضهم . على أنه لوكان عوضاً عن اللبن فيه بيع الطعام بالطعام نسيئة . هذا وقد قال بعض أهل المذهب — كأشهب : إنه لا يؤخذ بحديث المصراة لنسخه بحديث « الخراج بالضمان »[2] لأنه أثبت منه وقال بعضهم كابن يونس لا نسخ لأن

---

(٢٤١) عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « من اشترى مصراة فهو منها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ومعها صاعاً من تمر لا سمراء » قال الشوكانى : رواه الجماعة إلا البخارى . وفى الحديث روايات منها : « لاتصروا الإبل والغنم من أتباعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر » متفق عليه وللبخارى وأبى داود : « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها فى حلبها صاع من تمر » .

(بَدَلاً عنه) : أى عن الصاع ، راجع لما قبل « الكاف » أيضًا ، وذلك لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأنه برد المصراة أوجب عليه الشارع رد الصاع عوضًا عن اللبن ، فلا يجوز رد اللبن ولا غيره عوضًا عن الصاع . وهذا التعليل يفيد حرمة رد غير الغالب مع وجود غالب وهو كذلك . فلو غلب اللبن رد منه صاعًا من غير ما حلبه من المصراة (لا إن رَدَّها) أى المصرّاة (بغير) أى بعيب غير (عَيْبِ التَّصْرِيَةِ أو) به (قَبْلَ حَلْبِهَا) فلا يرد صاعًا بل يردها مجردة عنه .

(وإنْ حُلِبَتْ) المصرّاة حلبة (ثالِثَةً) فى ثالث يوم أو فيما العادة الحلب فيه كالصباح والمَساءِ (فإنْ) كانَ (حَصَلَ) للمشترى (الاختِبَارُ) لها

حديث المصراة أصح وإنما حديث « الخراج بالضمان » عام والخاص يقضى به على العام هذا ملخصما فى (بن) .

قوله : [بغير عيب التصرية] إلخ : من هــذا القبيل ما إذا ردها بخيار التروّى بعد أن حلبها المرتين والثلاث فلا يرد للبن صاعا لما فيه من بيع الطعام بالطعام نسيئة ، بل إما أن يرد اللبن بعينه أو مثله إن علم قدره أو قيمته إن جهل قدره ؛ لأن الملك للبائع والغلة له . فإن كان أنفق عليها المشترى حسبت الغلة من أصل النفقة كانت الغلة لبنا أوغيره وهذا الحكم قد علم مما تقدم فى خيار التروى .

قوله : [وإن حلبت المصراة حلبة ثالثة] إلخ : حاصله أن المشترى إذا حلب المصرّاة أول مرة فلم يتبين له أمرها فحلبها ثانية ليختبرها فوجد لبنها ناقصاً، فله ردها اتفاقاً . فلو حلبها فى اليوم الثالث فهو رضا بها ولا رد له ولا حجة عليه فى الحلبة الثانية إذ بها يختبر أمرها — كذا لمالك فى المدونة . فى الموازية عن مالك: له حلبها ثالثة ويردها بعد حلفه أنه لم يرض بها ولم يصرح فى الموازية بأنه حصل له الاختبار بالحلبة الثانية . واختلف الأشياخ هل بين الكتابين خلاف أو وفاق ؟ فذهب المازرى واللخمى إلى أن بينهما خلافاً بحمل ما فى الموازية على إطلاقه وذهب ابن يونس إلى الوفاق بحمل المدونة على ما إذا حصل الاختبار بالثانية والموازية على ما إذا لم يحصل الاختبار بالثانية واستحسن الشارح ما قاله ابن يونس فمشى عليه .

(بالثانيـَةِ ، فَرَضًا) : أى فالحلبة الثالثة بعد حصول الاختبار بالثانية تعدّ رضا منه ؛ فليس له حينئذ ردها (وإلاَّ) يحصل بالثانية اختبار (فله) أى فللمشترى الحلبة (الثَّالِثةُ) فيحصل له بها علم حالها ولا تعد رضا منه (وحَلَفَ المشترى) (إن ادَّعَى عليه الرِّضَا) بالحلبة الثالثة — أو بنفس المصراة — بأن ادعى عليه البائع : أنك علمت أنها مصراة ورضيت بها وأنكر المشترى فيهما . فإن حلف فله الرد وإلا فلا .

(ولا رَدَّ) للمصراة (إنْ عَلِمَ) المشترى بأنها مصراة حين الشراء ، واشتراها عالماً بالتصرية . وكذا إن رضى بعد علمه بعد الشراء .

● (وعَلَى البَائِعِ) لشيء وجوبًا (بَيَانُ ما عَلِمَهُ) من عيب سلعته قل أو كثر ولو كان البائع حاكمًا أو وارثًا أو وكيلا .

* (و) عليه (تَفْصِيلهُ) : أي العيب (أو إرَاءَتُهُ له) : أى للمشترى إن كان يُرى ؛ كالعور والكى .

(ولا يُجْمِلُهُ) : أى لا يجوز له إجمال العيب أى يجمل فى الجنس الصادق على أفراد ولم يعين الغرر القائم به ؛ كهو معيب ، ولم يعين عين العيب . أو : هو سارق أو يأبق ، ولم يبين المكان الذى يأبق إليه ولا ما الذى يسرقه. أو يقول : هو مريض ولم يبين ما هو المرض ونحو ذلك ، ومن الإجمال أن يذكر العيب الذى هو به وغيره مما ليس فيه بأن يقول : هو زان سارق مع أنه فيه أحد العيبين

قوله : [ولو كان البائع حاكماً] إلخ : أى فالبيان واجب على كل بائع وأما قولهم إن بيع الحاكم والوارث بيع براءة فمحله إذا لم يكن عالماً بالعيب وإلا كان مدلساً .

قوله : [وعليه تفصيله] : أى وصفاً شافياً كاشفاً عن حقيقته .

قوله: [أو إراءته] : الضمير المنصوب راجع للعيب والمجرور للمشترى وكان الأولى أن يقول أو إراءته إياه ، لأن « أرى» البصرية تتعدى بنفسها لمفعولين بسبب همز النقل إلا أن يقال : اللام مقحمة للتقوية .

قوله : [ولم يبين المكان] أى لأنه قد يغتفر فى الإباق لموضع دون موضع وقد يغتفر فى السرقة شيء دون شيء .

فقط ، لأن المشترى ربما علم سلامته مما ليس فيه فيظن سلامته من الآخر .

* (وإلا) بأن أجمل (فمدلس) ويرد المبيع بما وجده فيه . قال فى المدونة : لو كثر فى براءته ذكر أسماء العيوب لم يبرأ إلا من عيب يريه إياه ويوقفه عليه ، وإلا فله الرد إن شاء (اهـ) .

* (ولا ينفعه) : أى البائع (التبرى مما لم يعلم) فى سلعة من العيوب ، فإن باع سلعة على أنها ليس بها عيب وإن ظهر بها عيب لم ترد عليه لم يعمل بهذا الشرط ، وللمشترى الرد بما وجده فيها من العيب القديم ، ولا تنفعه البراءة منه . (إلا فى الرقيق خاصة) إذا تبرأ بائعه من عيب لم يعلمه به فإنه ينفعه فلا يرد إن ظهر به عيب قديم عند البائع ، بشرطين : الأول ألا يعلم البائع به كما يؤخذ من الاستثناء ، فإن علم به فلا ينفعه التبرى منه إلا إذا بينه تفصيلا أو

● تنبيه : إذا أجمل فى قوله : « سارق » ، فهل ينفعه ذلك فى يسير السرقة دون المتفاحش منها أو لا ينفعه مطلقا لأن بيانه مجملا كلا بيان . الأول للبساطى : وهو المعول عليه . والثانى : لبعض معاصريه .

قوله : [ولا ينفعه] : أى البائع التبرى أى إن كان البائع غير حاكم ووارث . وأما الحاكم والوارث فلا يشترط فيه ذلك ، بل متى باع الحاكم وهو غير عالم بالعيب فبيعه بيع براءة لا ترد عليه بالعيب فى الرقيق وغيره ، والوارث له . وإن كان المشترى منهما عالماً بأن البائع حاكم أو وارث وإلا فيخير إن ظنه غيرهما وسيأتى ذلك .

قوله : [إلا فى الرقيق خاصة] : قال المازرى والباجى : لا يجوز التبرى فى عبد القرض ، لأنه إذا أسلفه عبداً وتبرأ من عيوبه دخله سلف جر منفعة . وأما رد القرض فلا وجه لمنع البراءة فيه ، إلا إذا وقع الرد قبل الأجل لتهمة : « ضع وتعجل » ، وتقدم منع التصديق فى معجل قبل أجل (اهـ بن) .

قوله : [ألا يعلم البائع به] : قال ابن عرفة : ولا يرد فى بيع البراءة بما ظهر من عيب قديم إلا ببينة أن البائع كان عالماً به ، فإن لم يكن له بينة حلف البائع ما كان عالماً به . وإن لم يدع المبتاع علمه وفى حلفه على البت فى الظاهر وعلى نفى العلم فى الخفى أو على نفى العلم مطلقاً قولا ابن العطار وابن الفخار .

أراه إياه كما تقدم ، والشرط الثانى : أشار له بقوله :

(إنْ طَالَتْ إقَامَتُهُ) : أى الرقيق (عِنْدَهُ) : أى عند بائعه ؛ حد بعضهم الطول بنصف سنة فأكثر بخلاف ما إذا لم تطل إقامته عند مالكه فلا ينفعه التبرى مما لا يعلمه . وللمشترى الرد إن وجد به عيباً ؛ لأن شأن الرقيق أن يكتم عيوبه فليس لمالكه التبرى إذا لم يطل زمنه عنده بخلاف ما إذا طال لأن الطول مما يظهر المخبآت فإذا لم يظهر لسيده عيب فيه كان الشأن عدمه فينفعه التبرى منه .

● (ولا إنْ زالَ) عطف على قوله : « إن علم » أى : ولا رد بعيب زال عند المشترى قبل الحكم برده سواء زال قبل القيام به أو بعده وقبل الحكم بالرد عند ابن القاسم ، كما لو كان أعرج فزال عرجه أوكان للرقيق ولد فمات (إلا أنْ يُحتَمَل عَوْدُهُ) : أى عود العيب بعد زواله فلا يمنع الرد ؛ كبول بفرش فى وقت ينكر وسلس بول وسعال مفرط واستحاضة وجنون وجذام حيث قال أهل المعرفة يمكن عوده ، فله الرد ولو وقع الشراء حال زواله .

* (ولا) رَد (إنْ أتَى) المشترى (بِمَا) : أى شىء أى حصل منه شىء (يَدُلُّ على الرِّضَا) بالعيب بعد الاطلاع عليه من قول أو فعل أو سكوت

وحكى ابن رشد الاتفاق على الثانى كذا فى (بن) .

قوله : [أو بعده وقبل الحكم] : أى بأن زال فى زمن الخصام (قوله أوكان للرقيق ولد) ومثل ذلك ما لو كان بعينه نقطة فزالت .

● تنبيه : فى زوال العيب ؛ بموت الزوجة المدخول بها أو طلاقها أو فسخ نكاحها — وهو المتأول والأحسن على المدونة — أو يزول بالموت فقط دون الطلاق ، وهو الأظهر ؟ لأن الموت قاطع للعلقة ، أو لا يزول بموت ولا طلاق؟ لأن من اعتاد التزويج لا صبر له على تركه غالباً ، وهو قول مالك . وقال البساطى : ولا ينبغى أن يعدل عنه أقوال محلها فى التزويج بإذن السيد من غير أن يتسلط على سيده بطلبه . وأما لو حصل بغير إذن سيده أو يتسلط على السيد فعيب مطلقاً فى موت أو طلاق (اهـ . من الأصل) وهذه الأقوال بعينها فى الأمة .

قوله : [من قول] : أى كرضيت .

طال بلا عذر . ومثّل للفعل بقوله :

(كرُكُوبٍ) لدابة (واستعمالِ دابةٍ) فى حرثٍ أو درس أو طحن أو حمل (ولُبْسٍ) لثوب (وإجارَةٍ) لدابة أو غيرها (ورَهْنٍ) لمعيب فى دين (ولَوْ) حصل منه شىء من ذلك (بِزَمَنِ الخِصَامِ) مع البائع . ومثلُ ذلك الإسلامُ للصنعة كما هو ظاهر .

* (بخلافِ ما) : أى فعل (لايَنْقُصُ) فإنه لايدل على الرضا (كسُكْنَى دارٍ) أو حانوت (زَمَنَهُ) : أى الخصام لا قبله ، فيدل على الرضا . ومثل السكنى : اجتناء الثمرة وحلب نحو الشاة والقراءة فى المصحف والمطالعة فى الكتاب فإنها لا تنقص الأصل فلا تدل على الرضا إن وقعت زمن الخصام .

والحاصل : أن الاستعمال أو الاستغلال إن حصل قبل الاطلاع على العيب فلا يمنع الرد مطلقاً . وإن حصل بعد الاطلاع وقبل زمن الخصام منع الرد مطلقاً لدلالته على الرضا . وإن حصل زمنه ، فإن كان ينقص الأصل دل على الرضا وإلا فلا كسكنى الدار .

(وكسُكُوتٍ طَالَ) : بعد الاطلاع على العيب أكثر من يومين (بلا عُذْرٍ) من المشترى ، فإنه يدل على الرضا . فإن كان لعذر كغيبة من بائع أو مشتر أو لمرض أو سجن أو خوف من ظالم فلا يدل على الرضا كما إذا لم يطل زمن السكوت.

(وحَلَفَ إنْ سَكَتَ فى كاليَوْمِ) : إن لم يرض بالعيب ورده وأدخلتْ

قوله : [ومثل للفعل] : أى المنقص بدليل ما يأتى وفى حكم المنقص التصرف القوىّ الذى لا يفعله الشخص ، إلا فى الملك عادة بدليل تمثيله بالرهن والإجارة لغير الدابة كالحلى والدار والإسلام للصنعة .

قوله : [كركوب لدابة] : أو استخدام عبد ونحو ذلك من كل ما ينقص المبيع أو قوى فيه التصرف .

قوله : [ومثل السكنى اجتناء الثمرة] : إلخ محل كون اجتناء الثمرة غير منقص إن لم تكن مؤبرة وقت شراء النخيل، وإلا كان اجتناؤها منقصاً قطعاً لأنها جزء المبيع .

قوله : [وحلف إن سكت فى كاليوم] : حاصله أنه إذا اطلع على العيب

الكاف يومًا آخر (لا أقلّ) من اليوم ، فلا يمين عليه (لا كَمُسَافِرٍ) فسكوته لا يدل على الرضا لعذره بالسفر فهذا محترز بلا عذر .

* (وله الرُّكوبُ) والحمل على الدابة ، لو لم يضطر له على المعتمد ، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك . وتقييده بالاضطرار ضعيف ؛ لأن السفر مظنة الاضطرار ولا شيء عليه فى ركوبها بعد علمه . ثم إن رجعت بحالها فله الرد ولا شيء عليه . وإن عجفت فله الرد وغرم قيمة ما نقصها وإمساكها وأخذ أرش العيب القديم .

وسكت ثم طلب الرد ، فإن كان سكوته لعذر سفر أو غيره رد مطلقًا ، طال أو لا بلا يمين . وإن كان سكوته بلا عذر فإن رد بعد يوم أو نحوه أجيب لذلك مع اليمين أنه لم يرض . وإن طلب الرد قبل مضى يوم أجيب لذلك من غير يمين . وإن طلب بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين.

قوله : [وله الركوب والحمل على الدابة] : مثل الدابة العبد والأمة فى أن استعمال كل فى السفر لا يعد رضا بخلاف الحضر ، فإن استعمال ما ذكر فيه يعد رضا كان فى زمن الخصام أو قبله كما مر. وأما لبس الثوب ووطء الأمة فإنه يدل على الرضا اتفاقًا ، كان فى الحضر أو السفر .

قوله : [وتقييده بالاضطرار ضعيف] : أى وهو لابن نافع قال : إن المشترى إذا اطلع على العيب وهو مسافر لا يركب الدابة ولا يحمل عليها إلا إذا اضطر لذلك فليشهد على ذلك ويركبها أو يحمل إلى الموضع الذى لا يجوز له أن يركبها فيه فإن ركبها من غير اضطرار عدّ رضا منه والمراد بالاضطرار مطلق الحاجة كانت شديدة أم لا .

● تنبيه : إذا اطلع المشترى على العيب ووجد البائع غائبًا أشهد عدلين استحبابًا على عدم الرضا . ثم رد عليه بعد حضوره إن قربت غيبته أو على وكيله الحاضر ، فإن عجز عن الرد لبعد غيبته وعدم الوكيل وعدم علم محله كبعد غيبته أعلم القاضى بعجزه فتلوم له القاضى إن رجا قدومه — كأن لم يعلم موضعه — ثم بعد مضى زمن التلوم قضى عليه بالرد إن أثبت المشترى أنه لم يشتر على البراءة من العيب . وهذا الشرط مخصوص بالرقيق وصحة الشراء إن لم يحلف عليهما . ولا بد من ثبوت

(كَحَاضِرٍ تَعَذَّرَ عليه قَوْدُهَا) : فله ركوبها من المكان الذى رأى به العيب إلى بيته ، أو كان من ذوى الهيئات الذين لا يليق بهم المشى ولم يجد غيرها (أو) ركبها (للردّ) : أى لردّها لبائعها ولم يتعذر قودها أو ولو لم يكن من ذوى الهيئات وإلا دل على الرضا كما تقدم .

● (ولا) رد (إنْ فاتَ) المبيع (حسًّا ، كهلاك أو ضَيَاع أو) فات (حُكْمًا ، ككِتَابَةٍ وتَدْبِيرٍ) وأولى عتق ولو لأجل (وحَبْسٍ وصَدَقَةٍ) وهبة قبل اطلاعه على العيب .

(و) إذا لم يكن له الرد فى الفوات الحسى أو الحكمى (تَعَيَّنَ) للمشترى على البائع (الأَرْشُ) أى أرش العيب الذى اطلع عليه بعد الفوات فيما إذا خرج من يده بلاعوض وذلك فى غير البيع (فَيُقَوَّمُ) المبيع المعيب ولو مثليًا (سَالِمًا) من عيبه بعشرة مثلا (ومَعِيباً) بثمانية مثلا ، (ويُؤْخَذُ) للمشترى (مِنَ الثَّمَنِ) الذى وقع به البيع (النِّسْبَةَ) : أى نسبة نقص ما بين القيمتين ، فنسبة الثمانية للعشرة فى المذكور أربعة أخماس فقد نقصت قيمته معيباً الخمس فيرجع

التاريخ بالبينة كملك البائع له لوقت بيعه، ولا يكفى الحلف على هذين . ولا بد من حلفه على عدم الرضا بالعيب . ولا تكفى فيه البينة إذ لا يعلم إلا من جهته كذا فى الأصل ؛ فهذه خمسة شروط قد علمتها .

قوله : [تعذر عليه قودها] : بسكون الواو لأنه مصدر الفعل الثلاثى المتعدى وهو : قاد بمعنى ساق أو سحب وأما بتحريك الواو فهو القصاص .

قوله : [ولا رد إن فات] : أى عند المشترى قبل اطلاعه على العيب .

قوله : [كهلاك] : أى وسواء كان الهلاك باختيار المشترى كقتله للعبد المبيع عمداً أو بغير اختياره ، كقتله خطأ أو قتل الغير له أو موته حتف أنفه .

قوله : [ككتابة] : أى فلو أخذ المشترى أرش العيب ثم عجز المكاتب فلا رد للمشترى وإن لم يكن أخذ له أرشًا ثم عجز كان له رده — كذا فى الحاشية .

قوله : [وذلك فى غير البيع] : المراد بالبيع خروجه بعوض بيعًا أو هبة ثواب أو أتلفه إنسان ولزمته القيمة قبل الاطلاع على العيب .

المشترى على البائع بخمس الثمن . فإذا كان الثمن مائة رجع عليه بعشرين ، وأما لو خرج من يده بعوض — كما لو باعه لأجنبي — فلا يرجع إلا بالأرش . وكذا إذا باعه لبائعه ، وسيأتى بيان ذلك . وأما إذا لم يخرج من يده بالمرة فأشار له بقوله :

* (بِخِلَافِ) ما لو تعلق بالمعيب حق لغير مشتريه ولم يخرج من يده نحو (إِجَارَةٍ وإِعَارَةٍ ورَهْنٍ) واستخدام رقيق مدة معلومة قبل اطلاعه على العيب وإلا كان رضاً منه كما تقدم (فَيُوقَفُ لِخَلَاصِهِ) من الإجارة أو ما بعدها ويردّ لبائعه بعد خلاصه (إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ) : أى لم يحصل له تغير فى تلك المدة ، فإن حصل له تغير جرى على أقسام التغير الآتى بيانها : من القليل ، والمتوسط ، المفيت للمقصود ، ومحل إيقافه لخلاصه إن تعذر خلاصه ، وأما لو تيسر الخلاص فلا إيقاف وإلا كان رضاً . وعبارة التوضيح : فإن تعذر رد عين المبيع مع بقاء الملك فيه لتعلق حق الغير به ، كما لو آجرها أو رهنها ثم اطلع فيها على عيب وهى بيد المستأجر أو المرتهن فقال ابن القاسم فى المدونة : يبقى الأمر فى العيب موقوفاً حتى يفكها من الإجارة والرهن (ا ﻫ) . ثم شبّه فى الرد إن لم يتغير قوله :

* (كَعَوْدِهِ لَه) : أى كما لو عاد المعيب لمشتريه بعد أن خرج من ملكه غير عالم بعيبه ببيع أو غيره (بِعَيْبٍ) : أى بسبب عيب كان هو القديم أو حدث عند المشترى قبل بيعه (أو فَلَسٍ) لمشتريه الثانى (أو فَسَادٍ) لبيع (أو) عاد له (بِمِلْكٍ مُسْتَأْنَفٍ ؛ كَبَيْعٍ) بأن اشتراه المشترى الأول ممن

قوله : [بخمس الثمن] : أى فالقيمة ميزان يعرف بها نسبة النقص فى الثمن .

قوله : [ويرد لبائعه بعد خلاصه] : ظاهره ولو لم يشهد حين الاطلاع على العيب أنه ما رضى به ، وهو كذلك .

قوله : [أو حدث عند المشترى] : أى والموضوع أن به العيب القديم .

قوله : [أو فساد لبيع] : أى للبيع الثانى .

قوله : [بملك مستأنف] : أى كما لو اشترى سلعة من إنسان ثم باعها لآخر قبل اطلاعه على العيب القديم ثم إنها عادت للمشترى بملك مستأنف ، فله ردها على البائع الأول بالعيب القديم . وظاهره : ولو كان ذلك المشترى الأول اشتراه ممن اشترى منه عالماً بالعيب ، وهو كذلك ، لأن من جهته أن

باعه له (أو هِبَةٍ أو إرْثٍ) فله الرد فى الجميع إن لم يتغير . فإن تغير فله حكمه الآتى .

● ولما قدم أن الفوات بالخروج من اليد يمنع الرد ويتعين الرجوع بالأرش إن قام المشترى به وكان ذلك فيما خرج من يد مشتريه بلا عوض ، شرع فى بيان ما لو خرج من يده بعوض فقال :

● (ولو باعَهُ) مشتريه (لبائِعِه بِمِثْلِ الثَّمَنِ) الأول بأن اشتراه بعشرة وباعه لبائعه بعشرة ، وسواء دلّس البائع الأول بأن كتم العيب أم لا (أو بأكثَرَ) من الثمن الأول (وقد دَلَّسَ) الواو للحال : أى والحال أن بائعه الأول قد دلس بكتم العيب ؛ كما لو باعه له باثنى عشر (فلا رُجُوعَ) لأحدٍ منهما على صاحبه بأن المبيع رُد لربه . ففيما إذا تساوى الثمنان فالأمر واضح ، وفيما إذا اشتراه بائعه بأكثر فهو مدلس فلا رجوع بالزائد ، وليس للمشترى منه أرش لأخذ العوض منه أكثر مما خرج من يده .

يقول : اشتريته لأرده على بائعه . وظاهره : ولو اشتراه بعد تعدد الشراء ، وهو قول ابن القاسم . وقال أشهب : له أن يرد على من اشترى منه وله أن يرد على بائعه الأول كما قال ابن القاسم ، فإن رد على بائعه الأول أخذ منه الثمن الأول . وإن رد على بائعه الأخير أخذ منه الثمن ويخير ذلك البائع . إما أن يتماسك أو يرد على بائعه وهكذا بائعه إلى أن يحصل تماسك أو رد على البائع الأول .

قوله : [أو هبة أو إرث] : أشار بهذا إلى أنه لا فرق بين أن يعود له بمعاوضة أو غيرها و بين ما عاد له اختياراً أو جبراً .

قوله : [ولو باعه مشتريه لبائعه] : حاصله أن صور بيعه للبائع اثنتا عشرة ، لأنه : إما أن يبيعه بمثل الثمن الأول أو بأقل أو بأكثر ، وفى كل : إما أن يكون مدلساً أم لا ، وفى كل : إما أن يبيعه قبل الاطلاع على العيب أم لا ؛ أفاد المصنف أحكام صور ست وهى التى قبل الاطلاع . وأما لو باعه بعد الاطلاع ففيها ست صور أيضاً لم يفدها المصنف . وحاصلها : أنه إذا باعه له بعد الاطلاع على العيب فالبيع لازم لبائعه بمثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر وللمشترى الثانى رده عليه بالعيب ، لأنه لما اطلع المشترى الأول عليه قبل البيع فكأنه حدث عنده وسواء دلس فى بيعه الأول أم لا .

(وإلا) بأن لم يكن البائع الأول مدلساً (رَدَّ) أى كان له رده على المشترى الأول بذلك العيب ويأخذ منه الاثنى عشر (ثم رَدَّ عليه) : أى على البائع الأول فيأخذ منه العشرة ، فتقع المقاصة فى عشرة يبقى للبائع الأول درهمان على المشترى منه .

(و) لو باعه لبائعه (بأقَلَّ) كما لو باعه بثمانية (كَمَّلَ) البائع الأول لمشتريه منه بقية الثمن ، فيدفع له درهمين دلس أم لا . وأما لو باعه لأجنبى أى لغير بائعه فلا رجوع على البائع مطلقاً بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ،لأنه إن باعه بعد اطلاعه على العيب فهو رضاً منه به . وإن باعه قبل اطلاعه عليه بمثل الثمن أو أكثر ، فواضح . وإن باعه بأقل فلحوالة الأسواق لا للعيب — قاله ابن القاسم . وقال ابن المواز : إلا أن يكون النقص فى الثمن من أجل العيب ، مثل أن يبيعه بالعيب ظاناً أنه حدث عنده ، أو باعه وكيله ظاناً ذلك ، فيرجع على بائعه بما نقصه من الثمن أو قيمته . قال ابن رشد وابن يونس وعياض : قول ابن المواز تفسير لابن القاسم .

قوله : [فتقع المقاصة] إلخ : لا تعقل مقاصة بعد هذا التصوير ، لأنه إذا كان البائع يرجع فيأخذ الثمن الذى هو اثنا عشر ثم إذا أراد المشترى الرد يرد له ويأخذ منه عشرة فأين تعقل المقاصة أو رجوع بأزيد .

قوله : [دلس أم لا] : قال ابن عبد السلام فى تكميله له :إذا لم يكن مدلساً نظر لإمكان أن يكون النقص من حوالة سوق كما هو حجة ابن القاسم فيما إذا باعه لأجنبى بأقل :

قوله : [وأما لو باعه لأجنبى] : الفرق بين البيع لأجنبى وللبائع كما قال أبو على المسناوى أنه لاضرر على البائع إذا كان البيع له لرجوع سلعته إليه فيرد لذلك كله ، بخلاف ما لو باع المشترى لأجنبى فإنه لو رجع المشترى على بائعه بكمالة الثمن لتضرر . ومن حجته أن يقول : النقص إنما هو لحوالة السوق لا للعيب ، فلذا لا يكمل له — كذا فى (بن) .

قوله : [وقال ابن المواز] إلخ : حاصل المسألة أن المشترى إذا باع ما اشتراه لأجنبى والحال أنه معيب بعيب قديم فلا رجوع له على بائعه بأرش العيب سواء

* (ولا) رد (على حَاكِمٍ و) لا على (وَارِثٍ بُيِّنَ) بضم الباء الموحدة وكسر التحتية المشددة بالبناء للمجهول : أى ظهر للمشترى حال الشراء أن بائعه حاكم أو وارث ، كان البيان منهما أو من غيرهما . ومفهومه أنه إذا لم يعلم بذلك لكان له الرد . وقوله : (رَقِيقًا فقط) معمول لرد المقدر بعد لا النافية (بيعَ لِكَدَيْنٍ) على الميت أو الغائب أو المفلس . ومثل الدين : نفقة الزوجة أو الأطفال ، فقوله : « بيّن » راجع لهما ، فهو من الحذف من الأول لدلالة الثانى على ما هو الراجح . وقيل : البيان شرط فى الوارث فقط ومثلهما الوصى . وشرط كون بيع من ذكر مانعًا من رد الرقيق : إذا لم يعلم بالعيب ويكتمه . كما أشار له بقوله :

باعه بمثل الثمن الذى اشتراه به أو أقل أو أكثر وسواء باعه بعد الاطلاع على العيب أو قبله . وهذا التعميم قول ابن القاسم . وقال ابن المواز : إن باعه بمثل ما اشتراه به أو بأكثر فلا رجوع له وإن باعه بأقل فإن كانت تلك القلة بحوالة الأسواق فكذلك ، وإن علم أنها من أجل العيب — كأن يبيعه هو أو وكيله ظانًا أن العيب حدث عنده — فإنه يرجع على بائعه بالأقل مما نقصه من الثمن أو قيمته : وجعل ابن رشد وابن يونس وعياض قول ابن المواز تفسيراً لقول ابن القاسم فليفهم .

قوله : [بُين] : إنما بناه للمجهول لأجل التعميم الذى قاله بعد .

قوله : [معمول لرد المقدر] : فيه ركة لا تخفى فالمناسب أن يقدر الواقع بعد « لا » فعلا مضارعاً مبنيًّا للفاعل ويذكر فاعله وهو المشترى ويجعل رقيقاً معمولا له ، فيصير السياق هكذا : ولا يرد مشتر على حاكم ولا على وارث بين رقيقاً فقط .

قوله : [ومثل الدين نفقة الزوجة] إلخ : خلافاً للباجى حيث قال : لا يكون بيع الوارث مانعاً من الرد إلا إذا كان لقضاء دين فقط .

قوله : [وقيل البيان شرط فى الوارث فقط] : هذا ضعيف ، ويستثنى من بيع الحاكم ما إذا باع عبداً مسلماً على مالكه الكافر فليس بيع براءة كما قدمه المصنف بقوله : « وجاز رده عليه بعيب » . وتقدم التنبيه عليه .

(ولم يَعْلَمَا بالعَيْبِ) : وإلا كان للمشتّرى الرد به كما إذا لم يعلم بأن البائع حاكم أو وارث . وقال ابن المواز : قال مالك : بيع الميراث وبيع السلطان بيع براءة إلا أن يكون المشترى لم يعلم أنه بيع ميراث أو سلطان فهو مخير بين أن يرد أو يحبس . وفى المدونة : وبيع السلطان للرقيق فى الديون والمغنم وغيره بيع براءة (اهـ) فعلم من هذا أن المراد بالبيان العلم ولو من غيرهما كأنه قيل : علم كل منهما ، وأن المشترى إذا لم يعلم كان له الرد . وقول الشيخ : «وخير مشتر ظنه غيرهما» الأولى أن يقول : جهلهما ليشمل ما إذا لم يظن شيئاً فمدار التخيير على نفى العلم . ومفهوم : رقيقاً فقط ، أنهما لو باعا غيره من حيوان أو عروض لم يكن بيعهما بيع براءة ؛ فللمشترى الرد ولو بين أى علم أنه حاكم أو وارث على ظاهر كلام المدونة المتقدم الذى مشى عليه الشيخ . وظاهر كلام ابن المواز الإطلاق ، ثم إن جميع ما تقدم من أن لواجد العيب الرد به بالشروط المتقدم ذكرها محله ما لم يحدث عن المشترى عيب آخر فى المبيع .

● فإن حدث به عيب فلا يخلو ؛ إما أن يكون متوسطاً أو يسيراً أو كثيراً

قوله : [وإلا كان للمشترى الرد به] : أى لأن الحاكم أو الوارث حينئذ كل مدلس .

قوله : [قال ابن المواز] إلخ : كلام ابن المواز هو مأخذ تعميم البيان فيما تقدم .

وقوله : [وفى المدونة] : إلخ : هو مستند القول بأن البيان شرط فى الوارث فقط .

قوله : [فهو مخير بين أن يرد أو يحبس] : أى وإن كان مطلعاً على بعض العيوب وراضياً بها .

قوله : [فعلم من هذا] : اسم الإشارة عائد على كلام ابن المواز لأن التعميم لا يفهم إلا منه كما تقدم .

قوله : [وظاهر كلام ابن المواز الإطلاق] : أى شمول الرقيق وغيره فيكون على إطلاقه بيع الحاكم والوارث بيع براءة ولو فى غير الرقيق ، ولكن هذا الإطلاق خلاف الراجح فتحصل أن عموم كلام ابن المواز من حيث البيان مسلم ومن حيث شموله لغير الرقيق غير مسلم .

ولكل حكم أشار لذلك بقوله :

● (وإنْ حَدَثَ بالمَبيع) المعيب عند المشترى (عَيْبٌ مُتَوسِّطٌ) بين المخرج عن المقصود والقليل ومثله بقوله :

(كعَجَف) كحدوث عجف لحيوان وهو شدة الهزال (و) حدوث (عَمًى وعَوَرٍ وعَرَجٍ وشَلَلٍ) بيد أو رجل (وتزْويجِ رَقيقٍ) ذكراً أو أنثى قبل اطلاعه على العيب القديم (وافتِضَاضِ بِكْرٍ) ولو وخشا و « الواو » بمعنى : « أو » فى الجميع ،

(فله) أى للمشترى الواحد لعيب قديم بعد حدوث شىء مما ذكر (التَّمَسُّك) بالمبيع (وأخْذ) أرش العيب (القَدِيمِ و) له (الرَّدُّ) أى رده على البائع (ودَفْعُ) أرش العيب (الحَادِثِ) : فالخيار له لا للبائع .

وطريق ذلك التقويم ثلاث مرات :

(يُقَوَّمُ) أولا (صَحِيحًا) بعشرة مثلا (ثُم) يقوم (بكُلٍّ) من العيبين بقطع النظر عن الآخر ، فيقوم ثانيًا بالعيب القديم بقطع النظر عن الحادث بثمانية

قوله : [لحيوان] : أى عاقل أو غيره .

قوله : [وافتضاض بكر] : بالقاف والفاء ، وما مشى عليه المصنف من أنه من المتوسط هو المعتمد خلافاً لما مشى عليه خليل فى عدّه من المفوّت . والحاصل أن فيه أقوالا ثلاثة : الأول : أنه من المفوت كان البائع مدلسًا أم لا وهذا لابن رشد . والثانى : أنه من المتوسط كان البائع مدلساً أم لا علية أو وخشا وهو لمالك . والثالث : إن كان البائع غير مدلس فهو متوسط كما قال مالك. وإن كان مدلساً فإما أن يرد ولا شىء عليه أو يتمسك ويأخذ أرش القديم وهو لابن الكاتب ، وهذا هو الأوجه .

قوله : [وطريق ذلك التقويم ثلاث مرات] : ما ذكره من أن التقويم إذا أراد الرد ثلاث مرات ، وهو ما قاله عياض ، وهو الصواب . خلافًا لقول الباجى : إنه إذا أراد الرد إنما يقوم تقويمين أحدهما بالعيب القديم والآخر بالحادث عند المشترى . وأشعر قول المصنف فله التماسك إلخ أن التخيير على الوجه المذكور قبل التقويم ، وهو ظاهر المدونة كما فى (عب) ، وفى المتيطى نقلا عن بعض

مثلا ، فقد نقص الخمس ثم يقوم ثالثًا بالحادث بقطع النظر عن القديم بثمانية مثلا فقد نقص الخمس أيضًا ، ثم يقال للمشترى : إما أن تماسك بالمبيع وترجع على البائع بخمس الثمن أو ترده وتترك له خمس الثمن وعلى هذا القياس .

* ومحل تخييره : (إلا أنْ يَقْبَلَهُ البائعُ بالحَادِثِ) عند المشترى فإن قبله (فكالعَدَمِ) : أى فيصير البائع كالعدم فيقال للمشترى : إما أن ترده بالقديم ولا شيء عليك أو تماسك به ولا شيء لك فى نظير القديم . ومثل ذلك : إذا دلس البائع كما يأتى فى قوله : إلا أن يهلك بعيب التدليس .

* (كالقليل) : أى كحدوث العيب القليل الذى لا يؤثر نقصًا فى الثمن فإنه كالعدم فلا خيار للمشترى فى التماسك وأخذ أرش القديم أو يرد ويدفع أرش الحادث بل إما أن يرد ولا شيء عليه، أو يتماسك ولا شيء له. ومَثَّلَ للقليل بقوله :

القرويين : أن الخيار بعد التقويم والمعرفة بالعيب القديم وما نقصه العيب الحادث . وقبل ذلك لايجوز لأن المبتاع يدخل فى أمر مجهول لايعلم مقداره (اهـ) ولعل ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا التزم شيئاً قبل التقويم هل يلزمه أم لا .

قوله : [بخمس الثمن] : أى سواء كان قليلا أو كثيراً فإذا كان الثمن عشرين وأراد الرد ، دفع أربعة أرش الحادث لأن الحادث قد نقص خمس القيمة ، فيرد أربعة خمس الثمن ، فالقيمة ميزان للرجوع فى الثمن وإن تماسك أخذ أربعة أرش العيب القديم .

قوله : [إلا أن يقبله البائع] : أى من غير أرش .

قوله : [كما يأتى] : أى تفصيل ذلك .

قوله : [بل إما أن يرد ولاشيء عليه] : وجه ذلك أن يقال إنما كان له التماسك وأخذ القديم لخسارته بغرم أرش الحادث إذا رد فحيث سقط عنه حكم العيب الحادث انتفت العلة ، وإنما اعتبر العيب القليل إذا كان قديما فيثبت للمشترى به الرد بخلاف القليل إذا كان حادثاً فإنه غير معتبر لأن البائع يتوقع تدليسه ، فلذلك رد عليه بالقديم مطلقا ولو قليلا فى غير العقار بخلاف المشترى فلا يلزمه أرش فى القليل ، وهذا استحسان والقياس التسوية بإلغاء القليل فيهما أو اعتباره فيهما .

(كَوَعْكٍ) بسكون المهملة وقد تفتح ، الألم الخفيف (ورَمَدٍ) وجع العين (وصُدَاعٍ) وجع الرأس (وقَطْعِ ظُفُرٍ) : أ زواله بيد أو رجل ولو من رائعة. (وخَفِيفِ حُمَّى ، ووَطْءِ ثَيِّبٍ وقَطْعِ شُقَّةٍ) قطعًا معتاداً (كَنِصْفَيْنِ) من وسطها وكذا أكثر حيث لا ينقص الثمن دلس البائع أو لا (أو) فصّلها المشترى (كقَمِيصٍ ، إن دَلَّسَ) البائع بكتم العيب حين البيع . فإن لم يدلس فمن المتوسط .

• (و) العيب (المُخْرِجُ عَنِ المَقْصُودِ) من ذلك المبيع الذى ظهر به عيب قديم عند بائعه (مفيت) بالعيب القديم وإذا كان مفيتًا (فالأرشُ) متعين للمشترى على البائع عند التنازع وعدم الرضا .

وذلك المخرج عن المقصود : (كتَقْطِيعٍ) لشقة (غيرِ مُعْتَادٍ) كجعلها قلاعًا لمركب أوعَرَقِيَّات[1] (وكِبَرِ صغيرٍ) عند المشترى عاقل أوغيره (وهَرَمٍ)

قوله : [ولو من رائعة] : قال فى الأصل والظاهر أن ما زاد على الواحد متوسط فى الرائعة فقط (اه) وهذا بخلاف الأصبع فإنه من المتوسط مطلقاً ، وذهاب الأنملة من المتوسط فى الرائعة لا فى الوخش . والظاهر : أن ما زاد على الأنملة متوسط فى الرائعة والوخش .

قوله : [أو فصلها المشترى كقميص] : وأما لو فصلها قلوعاً سواء كانت الشقة من حرير أو كتان أو صوف فمفوّت مطلقاً لأنه غير معتاد كما يأتى .

قوله : [والعيب المخرج عن المقصود] : أى عن الغرض المقصود أى التغير المفوّت المنافع المقصودة من المبيع .

قوله : [فالأرش متعين] : أى فيقوم سالماً ومعيباً بالقديم ويأخذ المشترى من الثمن النسبة . وظاهره : تعين الأرش ولو حدث عند المشترى جابر لما حدث عنده وما يأتى من أن الحادث يجبر بنحو الصبغ والطرز إن كان متوسطاً كما قال الأجهورى . وقال الشيخ سالم : القياس الإطلاق .

قوله : [عاقل أو غيره] : أما الصغير العاقل فلأنه يراد منه الدخول على النساء فإذا كبر -أى بلغ فقد زال المقصود منه . وأما غير العاقل فصغيره يراد للحمه

---

[1] (١) أقبية وقمصان رقيقة للنوم والبيوت ، وسميت عرقية لأنها تمتص العرق. وهى معروفة فى السودان .

أضعف القوى بعد الشبوبة .

واستثنى من قوله : « فالأرش » قوله :

(إلا أن يَهلكَ) المبيع عند المشترى (بعَيْبِ التدليسِ) من بائعه ، كما لو دلس بحرابته أو صولته أو سرقته فحارب أو صال فقتل أو سرق فقطع فمات أو لوجع قلبه فمات منه (أو) يهلك (بِسَمَاوِىٌّ زمنَه) : أى فى زمن عيب التدليس ؛ (كموتِهِ فى) زمن (إباقِهِ) الذى دلس به (فالثَّمَنُ) يرجع به المشترى على بائعه المدلس لا إن لم يدلس أو دلس ومات بسماوى لا فى زمنه بل

وبكبره يزول ذلك الأمر المقصود منه .

قوله : [أضعف القوى] : أى السمع والبصر وما فى معناهما .

قوله : [واستثنى من قوله فالأرش] : أى وهذه إحدى المسائل الست التى يفرق فيها بين المدلس وغيره ، وثانيها : من باع ثوباً وصبغه المشترى صبغاً لا يصبغ مثله فنقص بسبب ذلك فإن كان البائع مدلساً رده ولا أرش عليه للنقص ، وإن تماسك أخذ أرش القديم وإن كان غير مدلس ، فإن رد دفع أرش الحادث وإن تماسك أخذ أرش القديم ، وثالثها : لو باع السلعة مشتريها لبائعها الأول بأكثر مما اشتراها به قبل اطلاعه على العيب القديم ، فإن كان البائع مدلساً فلا رجوع له بشىء وإن كان غير مدلس رده ثم رد عليه كما سبق . ورابعها : من باع رقيقاً وتبرأ من عيب لا يعلمه فى زعمه ، فإن كان كاذباً فمدلس ، وإلا فلا . فالمدلس لا تنفعه البراءة وغيره تنفعه كما تقدم أيضاً . وخامسها : لو أخذ السمسار جعلا من البائع على بيع سلعته فباعها وردت عليه بعيب قديم بحكم حاكم فإن كان البائع مدلساً فلا يرد السمسار الجعل بل يفوز به وإن كان غير مدلس رده . ومفهوم قولنا بحكم حاكم أنه لو قبلها البائع من نفسه فلا يلزم السمسار رد الجعل . وسادسها : من اشترى سلعة ونقلها لموضع ثم ظهر له بها عيب وردها فأجرة النقل ذهاباً وإياباً على البائع إن كان مدلساً، وإلا فالنقل مفوت يرجع عليه بالأرش(اه من الأصل بتصرف) .

قوله : [فالثمن يرجع به المشترى] : أى سواء حدث عند المشترى عيب قبل هلاكه أم لا .

عند المشترى فالأرش كما تقدم .

(والقولُ للمشترِى) : إذا تنازع مع البائع فقال له البائع : أنت رأيت العيب حال البيع ، أو : أنت رضيت به حين اطلعت عليه وأنكر المشترى ذلك فالقول له (أنه ما رَآهُ وَلا رَضِيَ به ، ولا يَمينَ) عليه : أى القول له به بلا يمين (إلا أن يُحقّقَ البائع (عليه) أى على المشترى (الدّعوَى) بأن يقول له : أنا أريتك العيب أو أعلمتك به ، أو : فلان أعلمك به وأنا حاضر ، أو قال له : أنت قد أخبرتنى بأنك رضيت به بعد اطلاعك عليه أو أخبرنى عدل بأنك رضيت به ، فالقول له بيمين . فإن حلف رد المبيع على البائع ، وإلا ردت اليمين على البائع ، فإن حلف فلا كلام للمشترى . وهذا إذا لم يسم البائع من أخبره أو سماه وتعذر إشهاده لموت ونحوه ، وإلا فله أن يقيمه شاهداً ويحلف معه ولزم البيع ولا

● تنبيه : لو باعه المشترى قبل اطلاعه على العيب وهلك عند المشترى الثانى بعيب التدليس رجع المشترى الثانى على البائع الأول إن لم يكن رجوعه على بائعه هو لعدمه أو غيبته ، فيأخذ من البائع المدلس جميع الثمن . فإن ساوى ما خرج من يده فواضح ، وإن زاد الثمن الأول عما خرج من يده فالزيادة للبائع الثانى هو المشترى الأول . وإن نقص المأخوذ من المدلس عما خرج من يده فهل البائع الثانى يكمله المشترى منه فيتبع به ذمته متى حضر أو لا يكمله لأنه لما رضى باتباع الأول بطل رجوعه على الثانى ؛ قولان . ومفهوم قولنا إن لم يمكن رجوعه على بائعه : أنه إن أمكن فلا رجوع له على المدلس وإنما يرجع على بائعه بالأرش لأنه غير مدلس ثم هو يرجع على بائعه المدلس بالأقل من الأرش أو ما يكمل الثمن الأول كذا فى الأصل .

قوله : [ولا يمين عليه] : أى ويرد المبيع لبائعه .

قوله : [فالقول له بيمين] : جواب الشرط وما بينهما تصوير لتحقيق الدعوى .

قوله : [وإلا ردت اليمين على البائع] : أى لأنها دعوى تحقيق .

قوله : [أو سماه وتعذر إشهاده] : حاصله أن المخبر إذا سماه البائع يسأل ؛ فإن صدق البائع على أنه أخبره ، وكان أهلا للشهادة ، وقام بها البائع ، حلف البائع معه وسقط الرد عليه. وإن كان مسخوطاً أو لم يقم البائع بشهادته حلف

يفيد المشترى دعوى عدم الرضا . والحاصل : أن القول للمشترى بلا يمين أو بيمين إذا لم يقم البائع بينة على دعواه أو شاهداً ويحلف معه .

(أو أقَرَّ) المشترى (بأنه قَلَّبَ) : أى فتش المبيع حال البيع ولكنه ما رأى العيب فلا يقبل قوله إلا بيمين .

(و) القول (للبائع) إذا باع عبداً فأبق عند المشترى بالقرب فادعى المشترى أنه عيب قديم عند البائع وأنكر البائع أن يكون قديمًا وادعى (أنَّه ما أبِقَ عِنْدَهُ) أصلا ولا يمين على البائع إلا أن يحقق عليه المشترى الدعوى فعليه اليمين وهذا معنى قوله .

(كذلك) أى القول للبائع كالذى تقدم فى المشترى من يمين وعدمه (لإِبَاقِهِ) اللام للعلة أو بمعنى عند أى عند إباقه عند المشترى (بالقُرْب) من البيع وأولى عند البعد (إذ القولُ له فى العَيْبِ) : علة لكون القول للبائع أى وإنما كان القول له لأنه لم يأبق عنده بلا يمين ؛ لأن القاعدة : أن القول للبائع عند التنازع فى عدم

المشترى أنه مارضى ورد . وإنما وجبت عليه اليمين — وإن كان المخبر مسخوطاً — لأن تصديقه مما يرجح دعوى البائع فى الجملة . فإن كذب المخبر البائع فالظاهر أنه لا يمين على المشترى أنه ما رضى بالعيب سواء كان المخبر عدلا أو مسخوطاً كما قاله المسناوى ، خلافا لما ذكره (عب) من اليمين (اهـ . بن) .

قوله : [والحاصل أن القول للمشترى] إلخ : أى فالقول للمشترى بلا يمين إن تجردت دعوى البائع عن مرجح وبيمين إن اقترنت بمرجح ولم يكن ذلك المرجح شهادة عدل ويقوم البائع بها ، وإلا كان القول للبائع بيمين معه .

قوله : [فلا يقبل قوله إلا بيمين] : فإن نكل لزمه المبيع ولا ترد اليمين على البائع لأنها تهمة .

قوله : [إلا أن يحقق عليه المشترى الدعوى] : هذا قول اللخمى . وصححه فى الشامل خلافًا لظاهر المدونة : من أن المشترى ليس له تحليف البائع سواء اتهمه بأنه أبق عنده أو حقق عليه الدعوى بأن قال : أخبرنى مخبر بإباقه عندك ، وهو ظاهر ما لأبى الحسن ولكن المعتمد ما قاله اللخمى الذى مشى عليه الشارح .

وجود العيب الخفى عنده كالسرقة والزنا والإباق (وفى) عدم (قِدَمِهِ) عند التنازع فيه (إلا أن تَشْهَدَ العادةُ للمشترِى) بقدمه قطعًا أو رجحانًا فالقول له . فالاستثناء راجع للقدم فقط .

* (وحَلَفَ من لم يُقْطَعْ بصِدْقِهِ) من بائع أو مشتر ، فإن ظن قدمه فللمشترى بيمين وإن شك أو ظن حدوثه فللبائع بيمين . ومفهومه أنه إن قطع بقدمه فالقول للمشترى بلا يمين أو بحدوثه فللبائع بلا يمين .

قوله : [كالسرقة والزنا] إلخ : أى فلا مفهوم لمسألة الإباق بل هو فرض مثال .

● تنبيه : إن أقر بائع ببعض العيب وكتم بعضه وهلك المبيع ، فاختلف : هل يفرق بين أكثر العيب فيرجع بالزائد الذى كتمه ؟ كقوله : يأبق خمسة عشر يومًا ، وكان يأبق عشرين فيرجع بقيمة خمسة وبين أقله كما إذا أقر بخمسة فى المثال وكتم عشرة فيرجع بالجميع ، لأنه لما كتم الأكثر كأنه لم يبين شيئًا ولا فرق بين هلاكه فيما بين أو كتم ولا بين المسافة والأزمنة ، أو يرجع بأرش الزائد مطلقًا كتم الأقل أو الأكثر ؟ أو يفرق بين هلاكه فيما بينه فيرجع بأرش الزائد الذى كتمه قل أو كثر ، أو لايهلك فيما بينه بل هلك فيما كتمه فيرجع بجميع الثمن ؟ أقوال ثلاثة .

قوله : [فالاستثناء راجع للقدم فقط] : اعلم أنه إنما يكون القول قول البائع فى حدوث العيب فى المشكوك فيه إن لم يصاحبه عيب قديم ثابت ، وإلا فالقول قول المشترى بيمين أنه ما حدث عنده وبه أخذ ابن القاسم واستحسنه فى التوضيح ، قال ابن رشد . لأن المبتاع قد وجب له الرد بالقديم وأخذ جميع الثمن والبائع يريد نقصه من الثمن بقوله حدث عندك فهو مدع — كذا فى (بن) .

قوله : [وحلف من لم يقطع بصدقه] : فإن اختلف أهل المعرفة فى قدمه وحدوثه ، عمل بقول الأعرف فإن استويا فى المعرفة ، عمل بقول الأعدل . فإن تكافآ فى العدالة سقطا لتكاذبهما ، وإذا سقطا كان كالشك على ما استظهره بعضهم . والجارى على قول غير ابن القاسم فى المدونة : أنها تقدم بينة الرد .

قوله : [إن قطع بقدمه] : اعلم أنه يعمل بشهادة البينة بالقدم سواء

* والكلام فى العيوب التى شأنها الخفاء ، وأما الظاهرة كالعمى والعرج فلا قيام بها ولا يرجع فيها للعادة ولا غيرها .

● ثم شرع فى بيان ما لو وجد العيب القديم ببعض المبيع وما فيه من التفصيل بقوله :

● (وإنْ ابتَاعَ مُقَوَّمًا) وسيأتى حكم المثلى (مُعَيَّنًا) لا موصوفًا — وسيأتى حكمه — (مُتَعَدِّدًا) — كثوبين أو عبدين فأكثر بأعيانها قائمة — (فى صَفْقَةٍ) واحدة كما لو اشترى عشرة أثواب بأعيانها (فَظَهَرَ) له (عَيْبٌ ببعضِهِ) : أى المبتاع المقوم (فله) : أى للمبتاع (رَدُّهُ) : أى رد البعض المعيب (بِحِصَّتِهِ من الثمن) ولزمه التمسك بالباقى ، وله التمسك بالجميع بجميع الثمن ؛ فإذا كان المعيب ثوبًا أو أكثر إلى خمسة ، وكانت قيمة كل ثوب عشرة ، رجع بعشر الثمن فى الأول وهو عشرة وبخمسه فى الاثنين وهو عشرون وهكذا .

وهذا (إنْ لم يَكُنْ) الثمن (سِلْعَةً) بأن كان عينًا أو مثليًا (وإلا)، بأن كان الثمن سلعة كعبد أو دار (ففى قيمَتِها) يرجع . فإذا كان المعيب ثوبًا من العشرة وهو يساوى عشرة ، رده ورجع بعشر قيمة العبد أو الدار . ولا يرجع

استندوا فى قولهم ذلك للعادة أو للمعاينة أو لإخبار العارفين أو لإقرار البائع لهم بذلك .

قوله : [ولزمه التمسك بالباقى] : أى بما يخصه من الثمن . وليس للمشترى رد الجميع إلا برضا البائع وليس للبائع أن يقول : إما أن ترد الجميع أو تأخذ الجميع كما قاله ابن يونس .

قوله : [فإذا كان المعيب] إلخ : حاصله أنه يقوم كل سلعة بمفردها على أنها سليمة وينسب قيمة المعيب على أنه سليم إلى الجميع ويرجع بما يخص المعيب من الثمن ، وهناك طريقة أخرى للتقويم حاصلها أنه يقوّم الأثواب كلها سالمة ، ثم تقوم ثانياً بدون المعيب وتنسب القيمة الثانية للأولى وبتلك النسبة يرجع بما يخص المعيب من الثمن .

قوله : [ورجع بعشر قيمة العبد] : أى على المعتمد خلافاً لمن قال يرجع

بجزء من السلعة خلافاً لأشهب .

* (إلا أن يكون المعيب الأكثر) بأن زاد على النصف (والسَّالِمُ) من العيب الأقل (باقِياً) عند المشترى لم يفت (فالْجَمِيعُ و) يرده ويأخذ جميع الثمن أو يتماسك به ، وليس له التماسك بالأقل السالم ورد الأكثر المعيب . ومفهوم : « باقِياً » ، أنه لو فات عند المشترى لكان له رد المعيب مطلقاً قل أو كثر وأخذ حصته من الثمن أو من قيمة السلعة وإن وقعت ثمناً .

وشبَّهَ فى رد الجميع أو التمسك بالجميع أو يتماسك بالبعض السالم بجميع الثمن وإن لم يكن أكثر قوله :

(كأحدِ مُزْدَوَجَيْنِ) : كخفين ونعلين وسوارين مما لا يستغنى بأحدهما عن الآخر فليس له رد المعيب بحصته من الثمن إلا أن يتراضيا بذلك كما يأتى فى

بقيمة عشر العبد ولا شك أن قيمة عشر العبد أقل من عشر قيمته . وحاصل فقه المسألة : أن الثمن إذا كان مقوماً كدار أو عبد أو كتاب أو ثوب واطلع المشترى على عيب فى بعض المبيع فقال أشهب : يرجع شريكاً فى الثمن المقوم بما يقابل المعيب . وقال ابن القاسم : لا يرجع شريكاً للبائع فى الثمن لضرر الشركة ، وإنما يرجع بالقيمة . وعلى هذا القول اختلف ؛ قيل معناه : إنه يرجع بنسبة قيمة المعيب لقيمة المبيع فى قيمة المقوم الواقع ثمنا ، فإذا كان المبيع ثوباً وقيمته عشرة نسبتها للمائة قيمة الأثواب المبيعة العشر فيرجع بعشر قيمة المقوم الواقع ثمناً على ما هو المعتمد ، وعليه مشى شارحنا : وقيل : يرجع بما يخص المعيب من قيمة الثمن المقوم فإذا كان المعيب ثوباً رجع بقيمة عشر المقوم المدفوع ثمناً فتأمل .

قوله : [وليس له التماسك بالأقل السالم] : أى بحصته من الثمن ، وأما بجميع الثمن ويرد المعيب مجاناً فجائز وإنما منع التمسك بالقليل السالم لأنه كإنشاء عقده بثمن مجهول إذ لا يعرفماينوب الأقل إلا بعد تقويم المبيع كله أولا ثم تقويم كل جزء من الأجزاء .

قوله : [إلا أن يتراضيا بذلك] : أى على الصواب كما قاله (ر) خلافاً لما فى الخرشى و(عب) تبعاً للأجهورى من عدم الجواز ولو تراضيا لما فى ذلك من الفساد الذى منع الشرع منه .

القسمة (أو) كان المعيب (أمًّا ووَلَدَها) فليس له رد المعيب منهما والتماسك بالسليم ولو تراضيا على ذلك لما فيه من التفريق بين الأم وولدها، فعُلم أنه لا يجوز التماسك بأقل سالم من متعدد وجد عيب بأكثره إذا لم يفت الأقل عند المشترى وإلا جاز .

(و) كما لا يجوز التمسك بالأقل المذكور (لا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بالاقلّ إن استُحِقّ الأكثرُ) : إن كان المبيع مقوّمًا متعدداً معينًا فى صفقة والباقى لم يفُت عند المشترى ، فإن فات فله التمسك به ويرجع بما يخص ما استحق من الثمن . فجميع القيود المذكورة فى المعيب تجرى فى الاستحقاق على المعتمد . وإذا منع التمسك بالأقل إذ استحق الأكثر تعين الفسخ برد الأقل والرجوع بجميع الثمن أو يتماسك بالبعض الباقى بجميع الثمن . فالمنع أن يتمسَّك بالبعض الباقى ويرجع بما يخص ما استحق من الثمن كما تقدم فى العيب . ثم ذكر مفهوم : «مقوّمًا»

قوله : [أو كان المعيب أمًّا وولدها] : أى لأن الشارع منع من التفرقة بينهما قبل الإثغار وهذا فى الحيوان العاقل ومحل المنع ما لم ترض الأم بذلك ، وقد تقدم ذلك .

قوله : [بالأقل المذكور]: أى الذى هو المعيب لأن حكم العيب والاستحقاق واحد .

قوله : [فالمنع أن يتمسك] : إلخ : أى لأنه كإنشاء عقدة بثمن مجهول كما تقدم التنبيه عليه فى العيب إن قلت : هذا التعليل موجود فيما إذا استحق الأقل أو تعيب ورده وتمسك بالأكثر بحصة من الثمن ؟ أجيب : بأنه لما كان الحكم للغالب انفسخت العقدة بردّ الأكثر أو استحقاقه فكان التمسك بالأقل كابتداء عقدة بثمن مجهول الآن بخلاف رد غير الأكثر أو استحقاقه .

والحاصل : أن العقدة الأولى انحلت من أصلها حيث استحق الأكثر أو تعيب لأن استحقاق الأكثر كاستحقاق الكل وإذا تعيب الأكثر ورده كان كرد الكل ، فكان تمسك المشترى بالأقل السالم كإنشاء عقدة بثمن مجهول الآن بخلاف رد غير الأكثر أو استحقاقه وأجاز ابن حبيب ردّ الأكثر بحصته قائلا : هذه جهالة طارئة كذا فى حاشية الأصل .

معينًا على سبيل النشر المشوش بقوله :

(بخلافِ المَوصُوفِ) : وهو مفهوم : « معين » (والمِثْلىِّ) : مفهوم مقوّم : أى فإنه يلزمه التمسك بالأقل إذا تعيب أو استحق الأكثر ، وأولى المساوى أو الأقل ؛ كما لو اشترى عشرة أثواب موصوفة أو عشرة أرطال أو أوسق من قمح فاستحق أكثرها أو أقلها أو وجد به عيبًا ، فلا ينتقض البيع بل يرجع بمثل الموصوف أو المثلى ، وله أن يتماسك بالباقى بجميع الثمن فى الاستحقاق ، وبالسالم والمعيب فى العيب . وأما إن كان المبيع متحداً — كدار أو عبد فاستحق البعض قلّ أو كثر — فالمشترى مخير بين التماسك والرد .

وفَرَّعَ على قوله : « ولا يجوز التمسك بالأقل » إلخ قوله :

(فإن كان درهمَانِ وسِلْعةٌ) كعبد (تُساوِى) تلك السلعة (عَشَرَةً) بيعا (بِثَوْبٍ) مثلا ، فثمن الثوب اثنا عشر (فاستُحِقّت السلعةُ) المساوية

قوله : [بخلاف الموصوف] إلخ : حاصله أن كلام المصنف هنا فى المقوم المعين المتعدد، وأما المثلى والمقوم والمتحد والموصوف فحكمه مغاير لذلك .

قوله : [كما لو اشترى عشرة أثواب] : مثال للموصوف وقوله أو عشرة أرطال أو أوسق مثال للمثلى .

قوله : [بجميع الثمن]: المناسب بحصة من الثمن لأن التماسك بجميع الثمن لا يتوهم منعه حتى ينص عليه .

قوله : [فاستحق البعض قل أو كثر] : هذا الكلام مجمل وسيأتى تفصيله وإيضاحه فى الشارح .

قوله : [فالمشترى مخير بين التماسك والرد] : أى لدفع ضرر الشركة .

قوله : [فإن كان درهمان وسلعة] إلخ : اسم كان ضمير شأن و« درهمان » مبتدأ وقوله بيعا بثوب خبره . والجملة خبر لكان الشانية . أو أن كان غير شانية و درهمان اسمها و سلعة معطوف على درهمان على كل حال وخبرها قوله بيعا بثوب .

قوله : [فاستحقت السلعة] : أى من يد المشترى وهو عطف على بيعا الذى قدره الشارح .

للعشرة — وهى خمسة أسداس الصفقة ، فقد استحق الأكثر — فلا يجوز التمسك بالأقل الباقى وهما الدرهمان فيتعين فسخ البيع برد الدرهمين وأخذ الثوب إن كان قائماً.

• (و) أما لو (فَاتَ الثَّوْبُ) ولو بحوالة سوق (فله) : أى لمن استحق منه السلعة (قِيمَةُ الثَّوْبِ) الذى خرج من يده لفواته (بكمالِهِ) لأنها تقوم مقامه عند فسخ البيع (ورَدَّ) من استحقت منه السلعة (الدرهمين) ف «رَدَّ» فعل ماض . وجاز أن يكون مصدراً معطوفاً على قيمة . وقيل : إذا فات الثوب تعين عدم الفسخ لأن فواته كفوات الأقل الباقى فيما إذا استحق الأكثر ، وهو إذا فات لم يفسخ كما تقدم،وحينئذ فيتمسك بالدرهمين ويرجع بقيمة السلعة التى استحقت منه ، وجزم به ابن عرفة وأنكر على ابن الحاجب وجود القول بالفسخ إذا فات الثوب على ما ذكرنا ، ورُدَّ إنكاره بأن ابن يونس قد ذكرها .

(وجاز رَدُّ أَحَدِ المُبْتَاعَيْنِ) إذا اشتريا سلعة أو أكثر فى صفقة فوجدا

قوله : [قيمة الثوب الذى خرج من يده] : أى يأخذها من البائع ولا يجوز له أن يتماسك بالدرهمين فيما يقابلهما من سدس الثوب بحيث يكون شريكاً بسدسها أو سدس قيمتها وأما تمسكه بالدرهمين فى مقابلة الثوب بتمامها فجائز ، وإنما أتى بقوله بكماله للرد على المقابل الآتى بعد وإلا فلا حاجة لقوله : بكماله لأنه علم من قوله قيمة الثوب .

قوله : [فرد فعل ماض] : أى والدرهمين مفعوله وهو يفيد وجوب الرد .

قوله : [وجاز أن يكون مصدراً] : استشكل بأن قراءته مصدراً توهم أن اللام للتخيير وهو خلاف المراد ، لأن المراد منها الاستحقاق . فالأولى قراءته فعلا ماضيا .

قوله : [وقيل إذا فات الثوب] إلخ : هذا القول أيده (ر)

قوله : [بأن ابن يونس قد ذكرها] : قال (بن) : العذر لابن عرفة فى إنكاره أنّ ابن يونس لم يذكرها فى كتاب الاستحقاق الذى هو مظنتها وإنما ذكرها فى أوائل كتاب الجعل والإجارة من ديوانه .

قوله : [وجاز رد أحد المبتاعين] : أى غير الشريكين فى التجارة . وحاصله : أنه لو اشترى شخصان سلعة واحدة كعبد لخدمتهما أو سلعاً متعددة كل واحد يأخذ

بها عيبا المـَعيب على البائع (دونَ صاحبِه) ولو لم يرض البائع والقول قول من أراد الرد منهما .

(و) جاز لمشتر من بائعين الرد على (أحَدَ البائِعَيْنِ) نصيبه دون الآخر .

* (والغـَلـَّةُ) أى غلة ما ردّ بعيب ثابتة (للمشتَرى) من وقت عقد البيع وقبض المشترى له (للفَسْخِ) : أى فسخ البيع بسبب العيب إما بحكم الحاكم أو بتراضى المتبايعين بأن يرضى البائع بقبوله . من غير رفع ، وسيأتى بيان ذلك قريبًا إن شاء الله تعالى : والمراد بالغلة : ما لا يكون استيفاؤها دليلا على الرضا وهى التى استغلها قبل الاطلاع على العيب مطلقًا نشأت عن تحريك كسكنى أو إسكان أو لا كلبن وصوف ،

نصفها فى صفقة واحدة لا على سبيل الشركة ثم اطلع على عيب قديم فأراد أحد الشريكين أن يرد نصيبه على البائع وأبى غيره من الرد، فالمشهور أن له أن يرد نصيبه . ولو قال البائع : لا أقبل إلا جميعه ، بناء على تعدد العقد بتعدد متعلقه . وإلى هذا رجع مالك واختاره ابن القاسم وكان مالك يقول أولا : إنما لهما الرد معا أو التماسك معاً وليس لأحدهما أن يرد دون الآخر . والقولان فى المدونة : وقولنا : غير الشريكين فى التجارة ، مفهومه أن الشريكين فى التجارة إذا اشتريا معيناً فى صفقة وأراد أحدهما الرد فلصاحبه منعه وقبول الجميع كما يأتى فى الشركة ، فإن كلا وكيل عن الآخر كما يؤخذ من الأصل وحاشيته .

قوله : [ولو لم يرض البائع] : أى ولا المشترى .

قوله : [على أحد البائعين] : إلخ حاصله أن البائع إذا تعدد بأن باع شخصان عبداً واحداً أو متعدداً كانا متخذانه للخدمة مثلا لا للتجارة واشتراه منهما واحد ، فاطلع فيه على عيب قديم ، فإنه يجوز له أن يرد على أحد البائعين نصيبه دون الآخر . وهذا بخلاف شريكى التجارة لأنهما كرجل واحد فالرد على أحدهما رد على الآخر كما يؤخذ من الحاشية .

قوله : [من وقت عقد البيع] : أى من وقت الدخول فى ضمانه .

قوله : [نشأت عن تحريك] إلخ : تفسير للإطلاق .

قوله : [كلبن وصوف] : مثال لما نشأ لا عن تحريك أعم من أن يكون منقسماً أولا .

والتى لا تنقص المبيع ولو استغلها زمن الخصام .

(لا الوَلَدُ) فإنه للبائع ولو حملت به عند المشترى ثم اطلع على عيب بأمه فيرد مع الأم (و) لا (الثَمَرَةُ المؤَبَّرَةُ) فإنها ترد مع الأصل للبائع حيث رد الأصل بعيب ولو جذها المشترى . فإن فاتت عنده رد مثلها إن علم قدرها وقيمتها إن لم يعلم (و) لا (الصوفُ التَّام) وقت الشراء ، فإنه يرد للبائع مع رد أصله

قوله : [ولو استغلها زمن الخصام] : أى ولو طال زمنه والواو للحال ولو زائدة وأما ما استغله بعد الاطلاع وقبل الخصام فيدل على الرضا مطلقاً إلا ما نشأ عن غير تحريك ولم يطل زمنه .

والحاصل : أن الغلة التى تدل على الرضا ، هى الحاصلة بعد الاطلاع على العيب ونشأت عن تحريك منقص كالركوب والاستخدام سواء فى زمن الخصام أو قبله أو نشأت عن تحريك غير منقص كالسكنى وكانت قبل زمن الخصام أو كانت ليست ناشئة عن تحريك أصلا قبل زمن الخصام وطال فليحفظ .

قوله : [لا الولد] : أى كان لحيوان عاقل أو غيره ولا شىء على المشترى فى ولادتها إذا ردها إلا أن تنقصها الولادة فيرد معها ما نقصها — ابن يونس — إن كان فى الولد ما يجبر النقص جبره على قول ابن القاسم ، وسواء اشتراها حاملا أو حملت عنده ورد المصنف بقوله لا الولد على السيورى حيث جعل الولد غلة .

قوله : [ولا الثمرة المؤبرة] : أى وأما غير المؤبرة حين الشراء فغلة يفوز بها المشترى إذا حصل الرد بعد أن جذها أو لم يجذها وأزهت وسيأتى ذلك .

قوله : [وقيمتها إن لم يعلم] : هذا إن كان الفوات بغير البيع وأما به ولم تعلم المكيلة فإنه يرد ثمنه إن علم .

قوله : [فإنه يرد للبائع] : فإن فات رد وزنه إن علم وإلا رد الغنم بحصتها من الثمن ويكون له الصوف فى مقابلة بقية الثمن . ولا يلزمه أن يرد مع الغنم ثمن الصوف إن باعه أو قيمته إن انتفع به فى نفسه كما قيل فى الثمرة . إن قلت : لم فرق بين الثمرة والصوف عند انتفاء علم المكيلة والوزن ؟ أجيب : بأنه لو رد الأصول بحصتها من الثمن مثل الغنم لزم بيع الثمرة مفردة قبل بدوّ صلاحها — وهو لا يجوز إلا بشروط تأتى — وهى منتفية هنا وأخذ القيمة ليس بيعاً بخلاف رد الغنم بحصتها من الثمن ،

بعيب ، وهو داخل فى الشراء وإن لم يشترطه المشترى بخلاف الثمرة المؤبرة فلا تدخل فيه إلا بشرط .

ومحل رد الصوف إن لم يحصل بعد جزّ مثله عند المشترى وإلا فلا لجبره بما حصل .

* ثم شبَّه فى كون الغلة للمشترى إذا رد العيب لا للبائع أربع مسائل بقوله :

(كشُفْعَةٍ) : فإن الغلة فيها للمشترى لا لمن أخذ منه الشقص بالشفعة

(واستِحْقَاقٍ) فالغلة لمن استحقت من يده مشتريًا أو غيره لا لمن استحقها .

(وتَفْلِيسٍ) فالغلة للمشترى المفلس لا لبائعها الذى أخذها منه بالتفليس .

(وفَسَادٍ) لبيع فالغلة للمشترى لا للبائع الذى ردت له بالفساد ومن الغلة الثمرة غير المؤبرة وقت الشراء ، لكن لا يفوز بها المشترى إلا إذا جذت فى المسائل الخمس ،وإلا فهى له فى الشفعة والاستحقاق إن يبست على أصلها ، وإلا كانت

فإنه لامحذور فيه لأن الصوف سلعة مستقلة يجوز شراؤه منفرداً عن الغنم .

قوله : [ومحل رد الصوف] : أى وأما الثمرة المؤبرة فهل كذلك قياسا على الصوف وهو الظاهر أو ترد مطلقاً ولو لم ترد أصولها حتى ظهر فيها أخرى وهو ظاهر المصنف .

قوله : [كشفعة] إلخ : حاصله أن مثل الرد بالعيب القديم الأخذ بالشفعة والاستحقاق والرد بالفلس والفساد فى أن المشترى يفوز بالغلة ولا ترد للبائع . فمن أخذ منه الشقص بالشفعة يفوز بالغلة ولا ترد للآخذ بها وكذلك المستحق منه يفوز بها ولا ترد للمستحق ، وكذلك من أخذ منه المبيع لتفليسه وعجزه عن ثمنه أو لفساد بيعه فلا ترد للبائع فيهما . وهذا إذا كانت الغلة غير ثمرة أو ثمرة غير مؤبرة يوم الشراء أو يوم الاستحقاق وفارقت الأصول بالجذ .

قوله : [لا لمن أخذ منه الشقص] إلخ : بالبناء للفاعل والضمير فى منه يعود على المشترى تأمل .

قوله : [غير المؤبرة] : أى لأن المأبورة حين الشراء أو حين الاستحقاق ليست غلة ، فترد للبائع فى الفلس والفساد مطلقاً ولو أزهت أو يبست أو جذت . وفى الشفعة والاستحقاق يأخذها الشفيع والمستحق مطلقاً .

للشفيع والمستحق ولو زهت . وفى الفساد والعيب إن زهت ، وإلا أخذها البائع فيهما كما يأخذُها فى الفلس مطلقًا ما لم تجذّ وهذا معنى قولهم هنا رُدت فى الشفعة والاستحقاق ما لم تيبس وفى البيع الفاسد والعيب ما لم تزه وفى الفلس ما لم تجذ.

* (ودَخَلَتْ) السلعة المردودة بالعيب (فى ضَمَانِ البَائِعِ إن رَضِيَ بالقَبْضِ) من غير حكم حاكم (وإنْ لم يَقْبِضْ) بالفعل (أو ثَبَتَ) العيب (عند حَاكِمٍ) بإقرار بائعها أو بالبينة (وإنْ لم يَحْكُمْ) فإن هلكت بعد ذلك فضمانها منه .

● (ولا رَدَّ بغَلَطٍ) : بل البيع لازم (إنْ سُمِّيَ باسمٍ عامٍ) : كحجر أو هذا الفص أو هذا الشيء مع الجهل بحقيقته الخاصة ، وهو يعلم شخص المبيع ؛ كأن يبيع هذا الحجر بدرهم فإذا هو ياقوتة تساوى ألفًا. ولا فرق فى حصول الغلط

قوله : [ولو زهت] : أى ولو صارت رطباً .

قوله : [وهذا معنى قولهم هنا] إلخ : وإلى هذا أشار ابن غازى بقوله :

والجذ فى الثمار فيما انتقيا يضبطه « تجذ عفزا شسيا »

فالتاء للتفليس ، والجيم مع الذال للجذاذ أى تفوت الثمار على البائع فى الفلس بالجذاذ ،والعين والفاء للعيب والفساد ، والزاى للزهو أى فيفوتان به ، والشين المعجمة للشفعة ، والسين المهملة للاستحقاق ، والياء لليبس أى فيفوتان به . قال بعضهم :

والفائزون بغلة فى خمسة لا يطلبون بها على الإطلاق
الرد فى عيب وبيع فاسد وشفعة فلس مع استحقاق
فالأولان بزهوها فازا بها والجذ فى فلس ويبس الباقى
ما أنفقوا قدضاع تحت هلاكها وإذا انتفت رجعوا بكالإنفاق

قوله : [بالقبض] : متعلق برضى لا بدخلت بدليل المبالغة فى قوله: « وإن لم يقبض » وظاهر قوله : « إن رضى بالقبض » أنه لو وافقه على أن العيب قديم ولم يرض بقبضها أنها لاتدخل فى ضمانه لأنه قد يدعى عليه أنه تبرأله من ذلك العيب .

قوله : [وهو يعلم شخص المبيع] : أشار بهذا إلى أن المراد بالغلط فى ذات المبيع جهل اسمه الخاص فالغلط الواقع فى الاسم الخاص والتسمية واقعة فى الاسم العام

بالمعنى المذكور من المتبايعين أو من أحدهما مع علم الآخر . ومحله : إذا كان البائع غير وكيل ، وإلا فلموكله الرد قطعاً . ومفهوم الشرط : أنه لو سماه بغير اسمه كهذه الزجاجة فإذا هي زبرجدة أو بالعكس لثبت الرد قطعاً .

(ولا) رد (بِغَبْنٍ) أى بسببه (ولو خالف العادة) : أى فى القلة أو الكثرة ، كأن يشترى ما يساوى درهماً بعشرة أو عكسه (إلا أن يَسْتَسْلِم) أحد المتبايعين صاحبه (بأن يخبره بجهله) كأن يقول المشترى : أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعنى كما تبيع الناس فقال البائع : هى فى العرف بعشرة فإذا هى بأقل، أو يقول البائع : أنا لا أعلم قيمتها فاشتر منى كما تشترى من الناس فقال : هى فى عرفهم بعشرة ؛ فإذا هى بأكثر ، فللمغبون الرد على المعتمد بل باتفاق . وذِكْرُ الشيخ فيه التردد معترَض بأنه لم يخالف فيه أحد ، وإنما الخلاف فى الغبن من غير استسلام إذا كان المغبون جاهلا فإن كان عارفاً فلا قيام له اتفاقاً . فإن استسلم

قوله : [بالمعنى المذكور] : أى وهو جهل اسمه الخاص .

قوله : [مع علم الآخر] : أى ما لم يستسلم الجاهل به للعالم وإلا فيثبت للجاهل الرد كما يأتى فى الغبن .

قوله : [ومفهوم الشرط] : حاصله أن البائع إذا جهل ذات المبيع فإن سماه باسم عام فلا رد وإن سماه باسم خاص فإذاهو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد ، كما لو سمى الحجر ياقوتة .

قوله : [ولا رد بغبن] : ما لم يكن البائع بالغبن أو المشترى به وكيلا أو وصياً ، وإلا رُد ما صدر منهما من بيع أو شراء فإن باع بغبن وفات المبيع رجع الموكل والموصى عليه على المشترى بما وقع فيه الغبن ، فإن تعذر الرجوع على المشترى رجع على الوكيل أو الوصى بذلك ، ولايتقيد الغبن بثلث أو غيره بل ما نقص عن القيمة نقصاً بينا أو زاد عليها زيادة بينة وإن لم يكن الثلث قال ابن عرفة وهو الصواب وهو مقتضى الروايات فى المدونة (اهـ . بن) .

قوله : [ولو خالف العادة] : أى هذا إذا كان الغبن بما جرت به العادة فى مغالبة الناس بل ولو كان بما خالف العادة ورد المصنف « بلو » قول ابن القصار إنه : يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث . وقول المتيطى عن بعض البغداديين :

الجاهل فالرد متفق عليه . بل حكى ابن رشد عليه الإجماع ، فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين .

● ثم انتقل يتكلم على بيان حكم الرد فى عهدة الثلاث وعهدة السَّنَة فقال :

● (وله) : أى للمشترى رقيقًا خاصة ذكراً أو أنثى (الردُّ فى عُهْدَةِ الثَّلاثِ) : أى ثلاثة الأيام فقط ، والعهدة فى الأصل : العهد ؛ وهو الإلزام

إن زاد المشترى المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع وكذا إن باع لنقصان الثلث من قيمته فأعلى إذا كان جاهلا بما صنع وقام قبل مجاوزة العام ، وبهذا أفتى المازرى وابن عرفة والبرزلى ومشى عليه ابن عاصم فى التحفة حيث قال :

ومن بغبن فى مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العام
وأن يكون جاهلا بما صنع والغبن للثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام وليس للعارف من قيام اهـ

لكن رد ابن رشد هذه الأقوال بقوله : وهو غير صحيح ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لايبع حاضر لباد دعوا الناس فى غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض[1] » .

قوله : [ثم انتقل يتكلم على بيان] إلخ : لما كانت العهدة على قسمين عامة ، وهى عهدة الإسلام من درك المبيع من عيب أو استحقاق وهى متولى العقد ، إلا الوكيل فلا عهدة عليه فى صورتين وإنما هى على الموكل ، وهما : أن يصرح بالوكالة أو يعلم العاقد معه أنه وكيل وهذا فى غير المفوض . وأما هو فالعهدة عليه لأنه أحل نفسه محل البائع وكذا المقارض والشريك المفوض فى الشركة .

وأما القاضى والوصى ففى المدونة : لا عهدة عليهما فيما وليا بيعه والعهدة فى مال اليتامى ، فإن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شىء على الأيتام ، والقسم الثانى : عهدة الرقيق وهى التى شرع فيها المصنف .

قوله : [وهو الإلزام] : أى إلزام الغير شيئاً كإلزام الحاكم غيره شيئاً .

---

(١) عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لايبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » قال الشوكانى : رواه الجماعة إلا البخارى وفى مسند أحمد : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض فإذا استنصح الرجل فلينصح له » لابن عباس . أما قوله : لا يبع حاضر لباد قال : لا يكون له سمساراً . رواه الجماعة إلا الترمذى .

والالتزام . وفى العرف : تعلق ضمان المبيع بالبائع فى زمن معين ، وهى قسمان : عهدة سنة وهى قليلة الضمان طويلة الزمان — وستأتى — وعهدة ثلاث أى ثلاثة أيام وهى بالعكس ، وهما خاصتان بالرقيق بالشرط أو العادة كما يأتى :

فعهدة الثلاث يرد فيها (بكلّ) عيب (حَادِث) فى دينه كزنا وسرقة أو بدنه كعمى أو وصفه كجنون وصرع وإباق (إلا أن يُسْتَثْنى عَيْبٌ مُعَيَّنٌ) كإباق أو سرقة فلا رد به ويردّ بما عداه فإن شرط سقوطها فلا رد بشىء حدث أيامها .

وقوله : [والالتزام] : أى التزام الشخص لغيره شيئاً .

قوله : [وفى العرف تعلق] إلخ : أى والبيع فى تلك المدة لازم لاخيار فيه ، لكن إن سلم فى مدة العهدة علم لزومه المتبايعين وإن أصابه نقص ثبت خيار المبتاع كالعيب القديم .

قوله : [وهى قليلة الضمان] : أى لأن الرد فيها بعيوب ثلاثة فقط .

قوله : [وهى بالعكس] : أى قليلة الزمان كثيرة الضمان لأنه يرد فيها بكل حادث .

قوله : [بالشرط أو العادة] : مثلهما حمل السلطان الناس عليها .

قوله : [فعهدة الثلاث] : تعتبر الثلاثة الأيام بغير يوم البيع إن سبق بالفجر وكذا عهدة السنة وسيأتى ذلك .

قوله : [إلا أن يستثنى عيب معين] إلخ : ظاهره كانت مشترطة أو معتادة أو حمل السلطان الناس عليها وخص شمس الدين اللقانى الاستثناء بالمعتادة فقط أما البيع بالبراءة فى المشترطة أو المحمول عليها من السلطان فيردّ معها بالحادث دون القديم الذى بيع بالبراءة منه . فالأقسام ثلاثة : يرد بالقديم والحادث إن لم يبع البائع ببراءة من القديم وإلا سقط حكمهما إن جرى بها عرف فإن اشترط البيع بها أو حمل السلطان الناس عليه ردّ بالحادث دون القديم على تقرير الشمس ، لا على ما هو ظاهر المصنف وخليل . ويفهم من الأجهورى : أن كلام الشمس هو المعتمد كما أفاده بعض شيوخنا — كذا يؤخذ من الحاشية .

* (وعلى البائع فيها) أى زمنها (النفقة) على الرقيق ومنها ما يقيه الحر والبرد من الثياب .

(وله) أى لبائعه (الأرش) إن جنى عليه جان زمنها (كالموهوب) للرقيق زمنها فهو للبائع (إلا أن يستثنى ماله) عند البيع فإن استثناه المشترى كان له ما وهب زمنها .

* (و) رد (فى عهدة السنة) بثلاثة أدواء خاصة : (بجذام أو برص أو جنون بطبع أو مس جن ، لا بكضربة) .

* ومحل العمل بالعهدتين : (إن شرطا) عند البيع (أو اعتيدا) بين الناس أو حمل السلطان الناس عليهما ؛ هذه طريقة المصريين وهى المشهورة . وقال المدنيون : يعمل بهما ولو لم تجر بهما عادة

قوله : [ومنها ما يقيه الحر والبرد] : أى لا ما يستر عورته فقط كما قيل .

قوله : [فهو للبائع] : أى على المعول عليه ، لأن الخراج بالضمان .

قوله : [إلا أن يستثنى ماله] : أى يشترطه والاستثناء راجع للموهوب له .

قوله : [بجذام أو برص] : أى بحدوث جذام وبرص محققين . وفى مشكوكهما قولان ، فقيل : إنه كالمحقق وهو لابن القاسم ، وقيل: لايرد به وهو لابن وهب . والأول هو المعتمد .

قوله : [أو جنون] : إنما اختصت عهدة السنة بهذه الأدواء الثلاثة ، لأن هذه الأدواء تتقدم أسبابها ويظهر منها ما يظهر فى فصل من فصول السنة دون فصل بحسب ما أجرى الله العادة من حصول ذلك الداء فى فصل دون فصل .

وقوله : [بطبع] : المراد به فساد الطبيعة كغلبة السوداء .

وقوله : [أو مس جن] : أى بأن كان بوسواس ويرد به هنا دون النكاح ، بخلاف الجنون الطبيعى فإنه يرد به فى البيع والنكاح .

قوله : [لابكضربة] : اعترض الأجهورى قول خليل : « لابكضربة » لأن الحق أنه لا فرق بين كون الجنون طبيعياً أو بمس جن أو حدث بكضربة فى الرد بكل فى عهدة السنة والثلاث ، فانظره — كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [وقال المدنيون يعمل بهما] : وفى البيان قول ثالث لابن القاسم فى

ولا وقع بهما شرط .

* (وسَقَطَتَا) أى العهدتان فلا رد بما حدث من العيب زمنهما (بكعِتْقٍ)

الموازية : لا يحكم بينهم بها وإن اشترطوها .

قوله : [ولا وقع بهما شرط] : أى ولا حمل من السلطان .

قوله : [وسقطتا بكعتق] إلخ : أى فالأصل بقاء العهدتين ولا يسقطهما إلا العتق وما ألحق به ، وإسقاطهما من المشترى على البائع إلا فى إحدى وعشرين مسألة استثناها المتيطى الأصل فيها عدم العدة ، وقد ذكرها خليل وهى : الرقيق المدفوع صداقاً لأن طريقه المكارمة ، والمخالع به لأن طريقه المناجزة ، والمصالح به فى دم عمد فيه قصاص كان الصلح على إقرار أو إنكار ، والمسلم فيه كأن يسلم ديناراً فى عبد، والمسلم به كأن يسلم عبداً فى برّ، والقرض كأن يقترض رقيقاً ، والمردود فيه، والمبيع الغائب عن الصفة لعدم المشاحة فى المبيع الغائب . والقرض، والمقاطع به المكاتب بأن دفعه المكاتب عما لزمه لتشوف الشارع للحرية ، والمبيع على كمفلس لأن بيع الحاكم على البراءة ، والمشترى بشرط العتق لتشوف الشارع للحرية وللتساهل فى ثمنه ، والمأخوذ عن دين على وجه الصلح للتساهل فيه بخلاف المأخوذ على وجه المشاحة والمبايعة ففيه العهدة ، والمردود بعيب على بائعه ، فلا عهدة للبائع على الراد لأنه حل للبيع لا ابتداء بيع ومثله الإقالة، والموروث إذا خص بعض الورثة رقيقاً من التركة ، وكذا ما بيع فى الميراث والموهوب للثواب أو لغيره ، والأمة التى اشتراها زوجها للمودة السابقة بينهما بخلاف العكس لأن المباعدة حصلت بفسخ النكاح ، والموصى ببيعه من زيد والموصى ببيعه ممن أحب الرقيق أن يباع له فأحب شخصاً إذا علم المشترى حال البيع بالوصية فيهما ، والموصى بشرائه للعتق بأن يقول: اشتروا سعيداً عبد زيد وأعتقوه عنى ،والمكاتب به أى وقعت الكتابة عليه ابتداء بأن قال لعبده : كاتبتك على عبد فلان فهو غير المقاطع به ، والمبيع فاسداً إذا فسخ البيع ويرد الرقيق لبائعه فلا عهدة له فيه على المشترى لأنه نقض للبيع من أصله . ومحل عدم العهدة فى هذه الأشياء : إن اعتيدت ، فإن اشترطت عمل بها فى غير المأخوذ عن دين فإنّ شرطها فيه يفسده للدين بالدين ، فليحفظ هذا التحرير .

للرقيق وأدخلت الكاف : الإيلاد والتدبير (وبإسقاطهما) عن البائع : أى بأن يسقط المشترى حقه من القيام بهما فليس له الرد بعد ذلك إذا أعتق أو أسقط (زمنهما) وهو الثلاثة الأيام فى الأولى والسنة فى الثانية .

• (وابتداؤهما أى العهدتين أوّلُ النهارِ) وهو طلوع الفجر (منَ) اليوم (المستقبَلِ لا من يوم العقدِ) .

● ولما أنهى الكلام على ما يرد به المبيع وما لا يرد به ، شرَعَ فى بيان ما ينتقل به ضمانه للمشترى وما لا ينتقل فقال :

● (وانتقلَ الضمانُ) : أى ضمان المبيع من بائعه (إلى المشترى بالعقدِ الصحيحِ اللازمِ) ولو لم يقبضه من البائع ، فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمانه من مشتريه وسواء كان عرضاً أو غيره واحترز « بالصحيح » من الفاسد وسيأتى ، و « باللازم » من غيره ؛ كبيع المحجور وبيع الخيار

قوله : [وابتداؤهما أى العهدتين أول النهار] إلخ : اعلم أن الحقائق خمسة : عهدة ثلاث ، وعهدة سنة ، وخيار ، ومواضعة ، واستبراء ؛ فعهدة السنة بعد الخلوّ مما ذكر إلا الاستبراء المجرد فإنه يدخل فيها لأن الضمان فيهما من المشترى فإذا مضت السنة ولم يأت ما تستبرأ به فإنها لا ترد على البائع بشىء مما يوجب الرد فى السنة . وعهدة الثلاث تكون بعد مضى أيام الخيار لأنها إنما تكون بعد انبرام العقد وتدخل مع المواضعة ، وأما الاستبراء المجرد فإن حصل فى عهدة الثلاث اعتبر وإن تأخر عنها فإنها لا تبقى فى ضمان البائع إلى وجوده بل بانقضاء العهدة تدخل فى ضمان المشترى وأما الخيار فيدخل فيه المواضعة ، وأما الاستبراء المجرد مع الخيار فكالاستبراء مع العهدة ، وأما المواضعة والاستبراء المجرد فلا يتصور اجتماعهما ، فعلم من هذا أن المواضعة تدخل مع عهدة الثلاث ومع الخيار وأن الاستبراء المجرد يدخل فى كل واحد مما عداه غير المواضعة وينتظر مجيئه بعد انقضاء ما عداه .

قوله : [على ما يرد به المبيع] : أى لما فرغ من موجبات الضمان بالخيار الشرطى والحكمين والغلط والغبن على أحد القولين فيهما والعهدة .

وتقدم فى الخيار أن ضمان المبيع بالخيار من البائع . ثم استثنى من انتقال الضمان للمشترى بالعقد الصحيح مسائل بقوله :

* (إلا فيما) أى مبيع (فيه حَقُّ تَوْفِيَةٍ) لمشتريه وهو المثلى وبيَّنَهُ بقوله :

(من مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ أو مَعْدُودٍ ، فعلى البائعِ) ضمانه (لقَبْضِهِ) بالكيل أو الوزن أو العد واستيلاء المشترى عليه .

(ويَسْتَمِرُّ) ضمان البائع له (بِمِعْيَارِهِ) : من مكيال أو ميزان حتى يفرغ فى أوانى المشترى ، فإذا هلك بيد البائع عند تفريغه فضمانه على البائع . قال ابن رشد : اتفاقًا (ولو تَوَلاَّهُ) : أى تولى كيله أو وزنه أو عده (المشْتَرِى) نيابة عن البائع ، فلو سقط من الميزان أو من المكيال أو غُصِبَ ؛ لكان ضمانه من البائع ، بخلاف ما لو كالَهُ البائع أو نائبه وناوله للمشترى فسقط من المشترى ، أو هلك فمن المشترى ؛ لأن قبضه قد تم باستيلاء مشتريه عليه وليس نائبًا عن البائع فى هذه الحالة .

واعلم أن الصور هنا أربع : الأولى : أن يتولى البائع أو نائبه الوزن أو الكيل ثم يأخذ الموزون أو المكيل ليفرغه فى ظرف المشترى فيسقط من يده أو يتلف فضمانه من البائع . الثانية : مثلها ولكن الذى تولى تفريغه فى الظرف هو المشترى فضمانه من المشترى لأنه حين أخذه من الميزان أو المكيال ليفرغه فى ظرفه فقد تولى قبضه فضمانه منه قال ابن رشد : باتفاق فيهما ، ونازعه ابن عرفة فى الأولى

قوله : [وتقدم فى الخيار أن ضمان المبيع بالخيار من البائع] : أى ما دام يختر المشترى ولم تنقض مدة الخيار وهو بيده .

قوله : [فإذا هلك فى يد البائع عند تفريغه] : وأما إن كان التفريغ من المشترى فالضمان منه وحينئذ فالمراد بقبض المشترى له ما يشمل تسلمه له وتفريغه فى أوعيته لا خصوص التفريغ فى أوعيته المقتضى أنه إذا تلف فى حال التفريغ يكون الضمان من البائع مطلقا .

قوله : [ونازعه ابن عرفة فى الأولى] إلخ : أى قال كونه باتفاق خلاف محصل قول المازرى إنه من بائعه أو مبتاعه .

بوجود الخلاف فيها . الثالثة : أن يتولى المشترى الوزن أو الكيل والتفريغ فيسقط من يده؛ فقال مالك وابن القاسم : مصيبته من البائع ، لأن المشترى وكيل عن البائع ولم يقبض لنفسه حتى يصل لظرفه . وقال سحنون : من المشترى . الرابعة : ألا يحضر ظرف المشترى وإنما يحمل ذلك فى ظرف البائع بعد وزنه أو كيله ليفرغه فى ظرفه ببيته مثلا فيسقط منه أو يتلف ، فضمانه من المشترى لأن قبضه بعد الفراغ من وزنه قبض لنفسه فى ظرف البائع ، ويجوز له بيعه بذلك قبل وصوله لداره ، وليس فيه بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأنه قد وجد القبض منه . هذا تحرير الفقه قاله بعض المحققين .

* (والأُجْرَةُ) : أى أجرة الكيل أو الوزن أو العد (عليه) : أى على البائع إذ لا تحصل التوفية إلا به (بخِلاَفِ القَرْضِ ، فَعَلَى المُقْتَرِضِ) أجرة ما ذكر

قوله : [وقال سحنون من المشترى] : أى لأنه قابض لنفسه ولم يجر هذا الخلاف فى الثانية لأن البائع لما تولى بنفسه الوزن دل على أن قبض المشترى منه قبض لنفسه .

قوله : [ألا يحضر ظرف المشترى] : أى ويريد المشترى حمل الموزون أو المكيل مثلا أو المعدود فى ظرف البائع ميزانا أو جلوداً أو أزياراً .

وقوله : [فضمانه من المشترى] : أى بمجرد الفراغ من الوزن أو الكيل أو العد ولو كان الحامل لها لبيت المشترى البائع بطريق الوكالة ولو سمنا فى فوارغة قبل وزنها فالفارغة على ربها كما يؤخذ من الا (مج) .

وقوله : [ويجوز له بيعه بذلك قبل وصوله لداره] : أى لأنه قد وجد منه القبض حقيقة .

قوله : [قاله بعض المحققين] : المراد به (بن) .

قوله : [والأجرة عليه] : وانظر لو تولى المشترى الكيل أو الوزن أو العد بنفسه هل له طلب البائع بأجرة ذلك أم لا ، والظاهر كما قاله فى الحاشية : أن له الأجرة إذا كان شأنه ذلك أو سأله الآخر وكما أن أجرة ما ذكر على البائع أجرة كيل الثمن أو وزنه أو عده أو نقده على المشترى .

قوله : [بخلاف القرض] : أى ومثله الإقالة والتولية والشركة ، فليست على

لأن المقرض صنع معروفاً فلا يكلّف الأجرة ، وكذا على المقترض فى رد القرض الأجرة بلا شبهة .

* (وإلاّ) السلعة (المحبُوسَةَ) : أى التى حبسها بائعها ولم يسلمها للمشترى (للثَّمَنِ) : أى لأجل قبض الثمن من المشترى (أو) إلا المبيع (الغَائِبِ) على الصفة أو رؤية متقدمة (فبالقَبْضِ) يدخل فى ضمان المشترى وقبله ضمانهما على البائع . ومثلُ المحبوسة للثمن : المحبوسة للإشهاد على البيع ، إذ لا فرق بينهما على التحقيق . وقال ابن القاسم : هما كالرهن ، وشهر ، وعليه مشى الشيخ ورجح بعضهم ما ذكرناه . والمراد بالغائب : غير العقار كما تقدم .

* (كالفَاسِدِ) : فإن كل مبيع بيعاً فاسداً من عقار أو غيره لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض .

* (وإلا المُوَاضَعَةَ ، فبرُؤيةِ الدَّم) تدخل فى ضمان المشترى بمجرد رؤيته لا بخروجها من الحيضة خلافاً لظاهر عبارته .

(وإلاّ الثمَار) المباعة بعد بدوّ صلاحها (فلأَمْنِ الجَائِحَةِ) : حتى

المطلوبة منه لأنها فعل معروف وإنما هى على الطالب على الأرجح .

قوله : [وقال ابن القاسم هما كالرهن] : فعلى قول ابن القاسم لا يحسن الاستثناء فى الصورتين لأن كونهما كالرهن لايخرجهما عن ضمان المشترى إذ البائع إذا ضمنه إنما يضمنه ضمان تهمة فقط ، وهذا لا ينافى أن ضمان الأصالة على المشترى . ألا ترى أن الضمان ينتفى عن البائع بالبينة ؟

قوله : [ورجح بعضهم ما ذكرناه] : المراد به (ر) .

قوله : [فبرؤية الدم] : أى فدخولها فى ضمان المشترى بمجرد رؤيته سواء قبضها أم لا وهذا فى البيع الصحيح ، وأما فى الفاسد فلا تدخل فى ضمان المشترى إلا إذا رأت الدم وقبضها لما تقدم أن الفاسد لا ينتقل ضمانه إلا بالقبض .

قوله : [المباعة] : أى بيعاً صحيحاً وأما المباعة بيعاً فاسداً فإن اشتريت بعد طيبها فضمانها من المشترى بمجرد العقد ؛ لأنه لما كان متمكناً من أخذها كان بمنزلة القبض . ويلغز بها فيقال لنا : فاسد يضمن بالعقد ، وإن اشتريت قبل طيبها فضمانها من البائع حتى يجذها المشترى — كذا فى الأجهورى وتبعه (عب) والخرشى

تدخل في ضمان المشترى . والأمن يكون بتمام طيبها كما يأتى . والمراد : أن ضمانها من البائع قبل أمنها من الجوائح بالنسبة للجوائح فقط ، وأما الغصب ونحوه فمن المبتاع بمجرد العقد الصحيح .

(وإلاَّ عُهْدَةَ الثَّلاثِ فبانتهائها) : يدخل الرقيق في ضمان المشترى .

* ولما كان قبض المبيع الذى يحصل به ضمان المشترى مختلفاً باختلاف المبيع نبه عليه بقوله :

(والقَبْضُ) الذى يكون به ضمان المشترى (فى ذى التَّوفِيَةِ : باستِيفَاءِ ما كِيلَ أو عُدَّ أو وُزِنَ منه) : أى من ذى التوفية ، وقد تقدم بيان الاستيفاء قريباً .

* (و) القبض (فى العَقَارِ) وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر (بالتَّخْلِيَةِ) بينه وبين المشترى وتمكينه من التصرف به ، وإن لم يُخلِ البائع متاعه منه إن لم تكن دار سكناه .

(وفى دَارِ السُّكْنَى بالإخْلاءِ) لمتاعه منها ولا يكفى مجرد التخلية .

وكتب عليه الشيخ أحمد النفراوى : لى فيه وقفة مع ما سبق من أن الفاسد لا بد فيه من القبض بالفعل ولا يكفى فيه التمكن فلينظر — كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [بتمام طيبها] : أى فمتى تم طيبها سواء جذها المشترى بعد ذلك أم لا انتقلت من ضمان البائع حتى فى الجوائح .

قوله : [وأما الغصب ونحوه] : أى كالسارق فلا يضمن فعلهما بناء على الراجح من أنهما ليسا بجائحة كما يأتى .

قوله : [بالتخلية] : أى بأن يسلم له المفاتيح إن كان له مفاتيح فإن لم يكن له مفاتيح كفى تمكينه من التصرف ، وانظر لو مكنه من التصرف ومنعه من المفاتيح كما لو فتح له الدار وأخذ المفاتيح معه ، هل يكون ذلك قبضاً أو لا ؟ وهو ظاهر كلام بهرام .

قوله : [ولا يكفى مجرد التخلية] : أى بأن يسلم له المفاتيح والحال أن فيها أمتعة البائع ، واعترض بأن بيان كيفية القبض لا فائدة له هنا لأن البيع صحيح وهو يدخل فى ضمان المشترى بالعقد وإنما فائدته فى الفاسد وفى كل ما يحتاج

(و) القبض (فى غَيْرِهِ): أى غير العقار من حيوان وعرض يكون (بالعُرفِ) كتسليم الثوب وزمام الدابة أو سوقها أو عزلها عن دواب البائع أو انصراف البائع عنها.

● (وتَلَفُ المَبِيعِ) المعين بيعاً صحيحاً (وقتَ ضَمَانِ البَائع) له لكونه فيه حق توفية أو كان غائباً أو ثماراً قبل أمنه الجائحة أو فيه عهدة ثلاث أو مواضعة (بِسَمَاوِىّ): أى بأمر من الله تعالى لا بجناية أحد عليه (مُبْطِلٌ) لعقد المبيع، فلا يلزم البائع الإتيان بمثله. بخلاف ما إذا كان موصوفاً متعلقاً بالذمة، كالسلم، فإن المسلم إليه إذا أحضر المسلم فيه فتلف قبل أن يقبضه المسلم لزم الإتيان بمثل ما فى ذمته فالكلام فى المبيع المعين.

(وتَلَفُ بعضِهِ): أى المبيع المعين وقت ضمان البائع (أو اسْتِحْقَاقُهُ) أى البعض المعين (كعَيْبٍ به)؛ فينظر فى الباقى بعد التلف أو الاستحقاق، فإن كان النصف فأكثر لزم الباقى بحصته من الثمن إن تعدد المبيع وكان قائماً

لحوز كالوقف والهبة والرهن فلو أتى المصنف بهذا عند ذكره ضمان البياعات الفاسدة لكان أولى. وحاصل الجواب: أنا لا نسلم أن بيان كيفية القبض لا تظهر فائدتها إلا فى البيع الفاسد والوقف والهبة والرهن بل تظهر فى بعض أفراد البيع الصحيح كالعقار إذا بيع مزارعة والغائب إذا بيع على الصفة أو على رؤية سابقة.

● تنبيه: لو قال كل من المتبايعين لصاحبه: لا أدفع لك ما بيدى حتى تدفع لى ما بيدك بدئ المشترى بدفع الثمن النقد جبراً إذا كان المبيع عرضاً أو مثلياً لأنه فى يد بائعه كالرهن على الثمن؛ فموضوع الكلام فى بيع عرض أو مثلى بنقد، وإلا لم يجبر واحد على التبدئة ثم إن كان العقد على نقدين مبادلة أو صرفاً قيل لهما: إن تأخر قبضكما انتقض العقد وإن كانا مثليين غير ما ذكر أو عرضين تركا حتى يصطلحا، فإن كان بحضرة حاكم وكل من يتولى ذلك لهما.

قوله: [مبطل]: محل البطلان إن ثبت التلف بالبينة أو تصادقا عليه بدليل قوله: الآتى: «وخير مشتر إن غيب بائع».

قوله: [لزم الباقى بحصته من الثمن]: أى لزم التمسك بذلك الباقى ويرجع بحصة ما تلف لأن بقاء النصف كبقاء الجل.

فإن اتحد أو فات خير المشترى .

(و) إن كان الباقى أقل (حَرُمَ التَّمَسُّكُ بالأَقَلِّ) وتعين الفسخ كما تقدم .

• (إلا المِثْلِىَّ) فيخير مطلقاً فيهما بين الفسخ والتماسك بالباقى بحصته من الثمن وإن كان التخيير فى العيب بين رد الجميع والتماسك بالجميع بالثمن .

● ولما بيَّن حكم ما إذا تلف المبيع أو بعضه بسماوى ، ذكر ما إذا جنى عليه جان وهو : إما البائع ، أو المشترى ، أو غيرهما بقوله :

● (وخُيِّرَ مُشْتَرٍ) بين فسخ البيع والتماسك به . فيرجع على البائع بقيمة

قوله : [فإن اتحد] : أى كعبد أو دابة وسيأتى ذلك .

قوله : [أو فات خير المشترى] : التخيير فى التلف والاستحقاق لا يظهر وإنما الواجب فيه التمسك بالفائت الذى لم يستحق ولم يتلف بحصته من الثمن ويرجع بحصة المستحق أو التالف من الثمن فتأمل .

قوله : [حرم التمسك بالأقل] : لأن التمسك به كإنشاء عقدة بثمن مجهول إذ لا يعلم ثمنه إلا بعد تقويم المبيع كله أولا ثم تقويم كل جزء من الأجزاء كما تقدم. ومحل حرمة التمسك بالأقل ما لم يفت كما تقدم .

قوله : [إلا المثلى] إلخ : حاصله أن المبيع إذا كان فيه حق توفية وتلف بعضه بسماوى وهو فى ضمان البائع أو استحق بعضه — كان فى ضمان البائع أم لا — أو تعيب بعضه بسماوى وهو فى ضمان البائع ، فإن كان الباقى بعد التلف أو الاستحقاق والسالم من التعييب النصف فأكثر تعين التمسك بذلك الباقى بحصته من الثمن . وإن كان الباقى بعد التلف أو الاستحقاق والسالم من التعييب أقل من النصف ففى التلف والاستحقاق يخير المشترى بين فسخ البيع والرجوع بثمنه والتماسك بذلك الباقى القليل بحصته من الثمن ويرجع بحصة ما تلف أو استحق ، وأما فى التعييب فيخير بين فسخ البيع وأخذ ثمنه والتماسك بجميع المبيع سالما ومعيباً بكل الثمن ولا يجوز له أن يتمسك بذلك السالم فقط بحصته من الثمن .

قوله : [وخير مشتر] إلخ : حاصله أن البائع إذا أخفى المبيع وقت ضمانه وادعى هلاكه والفرض أن البيع على البت ولم يصدقه المشترى بل ادعى أنه أخفاه

المقوم أو مثل المثلى (إن غَيَّبَ بَائِعٌ) المبيع أى أخفاه وادعى ضياعه ، ولا بينة ، ولم يصدقه المشترى ونكل البائع عن اليمين . ووجه التخيير أنه لم يتمكن من المبيع مع جواز بقائه عند بائعه ، وهذه القيود تفهم من قوله الآتى : « والبائع والأجنبى يوجب الغرم » .

(أو عيبَ) بالعين المهملة : إن قرئ بالبناء للفاعل ؛ أى أحدث البائع فيه عيباً زمن ضمان البائع — كما هو الموضوع — ناقضه قوله الآتى : « كتعييبه » . وإن قرئ بالبناء للمفعول — وهو الأولى — كان الضمير النائب عن الفاعل عائداً على المبيع . والمعنى : إن حدث به عيب سماوى زمن ضمان البائع خير المشترى بين الرد والتماسك ولا شىء له .

(أو استُحِقَّ) من مبيع متحد كدار أو عبد أو ثوب (بَعْضٌ شائعٌ وإن قَلَّ) فيخير المشترى بين التماسك بالباقى ، ويرجع بحصة ما استحق من الثمن وبين الرد ويرجع بجميع ثمنه . وهذا إن كثر كالثلث فأكثر مطلقاً ، انقسم أو لا ، كان متخذاً للغلة أو لا . أو أقل من الثلث ولم ينقسم ، كعبد ، ولم يتخذ للغلة فإن قَبِلَ القسمة أو اتخذ للغلة قبل القسمة أو لا ، فلا خيار بل يلزمه

وأن دعواه الهلاك لا أصل لها ونكل ذلك البائع عن اليمين ، فإن المشترى يخير بين الفسخ عن نفسه لعدم تمكنه من قبض المبيع أو التماسك به ويطالب البائع بمثله أو قيمته . وأما لو كان البيع على الخيار فيلزم البائع الثمن ولا خيار للمشترى وإنما خير المشترى فى البت دون الخيار مع أن ضمان السلعة فى المسألتين من البائع لأن العقد فى الخيار غير منبرم والسلعة باقية على ملك البائع . ولا يدخل فى كلام المصنف المحبوسة بالثمن أو للإشهاد بناء على أنها كالرهن يضمنها ضمان الرهن ، إذ لا تخيير للمشترى فيها وإنما له القيمة بالغة ما بلغت . نعم يدخل على القول الآخر من أن البائع يضمنها ضمان أصالة .

قوله : [وهو الأولى] : أى بل متعين لأن التخيير المذكور إنما هو فى السماوى على المعتمد وأما فى تعييب البائع عمداً أو خطأ فيغرم الأرش إن اختار المشترى التماسك كما يأتى .

التمسك بالباقى بحصته من الثمن . فالصور ثمانية : الخيار فى خمسة منها . واحترز بقوله : « بعض شائع » من المعين وقد قدمه بقوله : « وحرم التمسك بالأقل إلا المثلى » .

* (وإتْلافُ المشْتَرِى) لمبيع مقوم أو مثلى زمن ضمان البائع (قَبْضٌ) : أى كالقبض فيلزمه الثمن .

* (و) إتلاف (البَائِعِ والأجْنَبِيِّ يوجب الغُرْمَ) على من أتلف منهما : أى غرم قيمة المقوم ومثل المثلى ولاسبيل للفسخ بأخذ جميع الثمن (كتَعييبِه) ، أى من ذكر من بائع أو أجنبي أو مشتر . فتعييب المشترى وقت ضمان البائع قبض وتعييب الأجنبي يوجب غرم الأرش لمن منه الضمان ، وتعييب البائع يوجب غرم الأرش للمشترى . قال فى المدونة فى كتاب الاستحقاق : ومن ابتاع من رجل طعاماً بعينه ففارقه قبل أن يكتاله فتعدى البائع على الطعام فعليه أن يأتى بطعام مثله، ولا خيار للمبتاع فى أخذ دنانيره. ولو هلك الطعام بأمر من الله تعالى انتقض البيع وليس للبائع أن يعطى طعاماً مثله ولا ذلك عليه (اهـ) وهذا يفيد أن تعييب البائع يوجب الغرم ولو خطأ كالأجنبي ولا يلحق الخطأ بالسماوى وعليه، فيتعين قراءة قولنا المتقدم « أو عيب » بالبناء للمفعول ، ويحمل على السماوى . وقول الشيخ : « وكذلك إتلافه » ، صوابه تعييبه ؛ لأن الإتلاف ذكره قبله . وعبارة ابن الحاجب : وكذلك تعييبه ، قال فى التوضيح :أى تعييب المبيع كإتلافه ، فيفصل فيه بين البائع والمشترى والأجنبي كما تقدم (اهـ) . وترتيب هذه المسألة

قوله : [فالصور ثمانية] : حاصلها أن المبيع : إما أن يكون قابلا للقسمة أولا . وفى كل : إما أن يتخذ للغلة أو لا ؛ فهذه أربعة ، وفى كل : إما أن يكون الجزء المستحق كثيراً كالثلث فأكثر أو قليلا ؛ فهذه ثمانية . فإن كان كثيراً خير المشترى كان المبيع يمكن قسمه أو لا متخذاً للغلة أو لا ، وكذا إن كان قليلا وكان المبيع لا يمكن قسمه ولم يتخذ للغلة . فإن كان متخذاً للغلة قبل القسمة أو لا ، أو قبل القسمة وهو غير متخذ للغلة ، فلا خيار للمشترى ويلزمه الباقى بحصته من الثمن .

قوله : [وإتلاف المشترى] إلخ : أى والموضوع أن الشراء على البت .

على ما ذكرنا أحسن من ترتيبه .

● (وجَازَ) لمن ملك شيئًا بشراء أو غيره (البَيْعُ) له (قَبْلَ القَبْضِ) له من مالكه الأول (إلاطعامَ المعَاوَضَةِ) : فلا يجوز بيعه قبل قبضه ، وسواء كان الطعام ربويًّا أو غير ربوى . وطعام المعاوضة : ما استحق فى نظير عوض (وَلَو) كان العوض غير متمول (كرزقِ قَاضٍ وجُنْدِىٍّ) فإنه من بيت المال فى نظير حكمه وحراسته وغزوه ، وكذا رزق عالم أو إمام أو مؤذن أو نحوهم فى وقف أو بيت مال فى نظير التدريس أو الإمامة أو الأذان، لا يجوز بيعه قبل قبضه من ناظر ونحوه . لأنه فى نظير عمله وهو عوض بخلاف ما لو رتب شىء لإنسان من بيت المال أو غيره كوقف على وجه الصدقة فيجوز بيعه قبل قبضه لعدم المعاوضة ، ومحل منع بيع طعام المعاوضة : قبل قبضه .

قوله : [بشراء أو غيره] : أى كهبة أو صدقة وسواء كان ذلك الشىء طعاماً أو غيره لأن الاستثناء معيار العموم .

قوله : [إلا طعام المعاوضة] : أى إلا الطعام الذى حصل بمعاوضة لما ورد فى الموطأ والبخارى ومسلم عن أبى هريرة . من النهى عن ذلك وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكتاله » [1].

قوله : [كرزق قاض] : أى كطعام جعل للقاضى من بيت المال فى نظير ذلك .

قوله : [على وجه الصدقة] : حاصله أن من له شىء من الطعام فى بيت المال فى مقابلة قيامه بمصلحة من مصالح المسلمين لا يجوز له أن يبيعه قبل قبضه . ومن له شىء من الطعام على وجه الصدقة جاز له بيعه قبل قبضه قال (عب) : ويلحق برزق القاضى طعام جعل صداقاً أو خلعاً فلا يجوز بيعه قبل قبضه لا مأخوذ عن مستهلك عمداً أو خطأ فيجوز بيعه قبل قبضه (اهـ) . وكذا المثلى المبيع فاسداً إذا فات ووجب مثله كما قال (بن) بجامع أن المعاوضة ليست اختيارية بل جر إليها الحال فى كل خلافاً (لعب) حيث جعله كرزق القاضى . .

---

(١) فى معناه عن عثمان : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « يا عثمان إذا ابتعت فاكتل وإذا بعت فكل » رواه أحمد والبخارى بغير إسناد ، وكان قد اشترى تمراً من بنى قينقاع فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ذلك . وفى الباب لجابر وأبى هريرة بإسناد حسن ،وعن أنس وابن عباس بإسنادين ضعيفين .

(إن أَخذَ بكَيْلٍ) : أى أو وزن أو عدّ (لا) إن أخذ (جُزَافًا) : فيجوز بيعه قبل قبضه ؛ فمن اشترى صُبْرَةً جزافًا بشرطه جاز بيعها قبل القبض لدخولها فى ضمان المشترى بالعقد ، فهى مقبوضة حكمًا فليس فى الجزاف توالى عقدتى بيع لم يتخللهما قبض . وحرمة بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ، قيل: تعبد ، وقيل : معقولة المعنى من حيث إنه ربما أدى لفساد فنهى الشارع عنه سدًّا للذريعة ، وقيل : غير ذلك .

وقولنا : (إلا كَوَصِيٍّ ليَتيمَيْهِ) : مستثنى من المنع . والمعنى : أن الوصى أو الأب أو السيد إذا اشترى لأحد يتيميه أو لأحد ولديه أو لأحد عبديه طعامًا من الآخر كان له أن يبيعه لأجنبى قبل قبضه ثانيًا حسيًّا لمن اشتراه له ؛ لأن الولى لما كان يتولى الطرفين لمحجوره نزل اشتراؤه من أحدهما للآخر منزلة القبض ، فإذا باعه من أجنبى

قوله : [إن أخذ بكيل] : أى إذا كان بائعه اشتراه بكيل وباعه قبل أن يقبضه سواء باعه جزافاً أو على الكيل .

قوله : [وجاز بيعها قبل القبض] : أى جزافا أو على الكيل .

قوله : [وحرمة بيع طعام المعاوضة قبل قبضه قيل تعبد] إلخ: قال فى التوضيح : والصحيح عند أهل المذهب أن هذا النهى تعبدى . وقيل: إنه معقول المعنى لأن الشارع له غرض فى ظهوره فلو أجيز بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم لبعض من غير ظهور بخلاف ما إذا منع من ذلك فإنه ينتفع به الكيال والحمال ويظهر للفقراء فتطمئن به قلوب الناس ولاسيما فى زمن المسغبة والشدة (اه) .

قوله : [إلا كوصى ليتيميه] : إنما كان هذا مستثنى من المنع لأن محل اشتراط كون القبض حسيًّا ما لم يكن البائع يتولى الطرفين وإلا جاز بيعه قبل قبضه حسًّا كما قال الشارح .

قوله : [أو الأب أو السيد] : بيان لما دخل تحت الكاف .

وقوله : [إذا اشترى لأحد يتيميه] إلخ لف ونشر مرتب .

قوله : [نزل اشتراؤه من أحدهما للآخر منزلة القبض] : أى الحسى .

قوله : [فإذا باعه من أجنبى] : من بمعنى اللام وقوله لمن اشتراه له اللام

لمن اشتراه له فكأنه قبضه وباعه له بعد قبضه فجاز . بخلاف من عنده طعام وديعة لشخص أو اشتراه له بإذنه ثم اشتراه من مالكه قبل أن يقبضه المالك فلايجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء ؛ لأن ذلك القبض السابق على الشراء لم يكن قبضاً تاماً ، بدليل أن رب الطعام لو أراد إزالته من يده ومنعه من التصرف كان له ذلك — ذكره فى التوضيح عن ابن عبد السلام . وكذا من عليه طعام من سلم لا يجوز له أن يدفع عيناً أو عرضاً لرب الطعام يقول له : اشتر طعاماً وكِلْه ثم اقبض منه مالك علىّ من الطعام . قال فى المدونة : لأنه بيع طعام قبل قبضه ، أى لأنه قبض من نفسه لنفسه حقه قبل أن يقبضه دافع الثمن . وهاتان المسألتان قد فسر بهما قول الشيخ تبعاً لابن الحاجب : ولم يقبض من نفسه ، أى لا يكفى فى جواز بيع الطعام قبل قبضه أن يقبض من نفسه لأنه قبض ضعيف كالعدم ولا بد من قبضه حقيقة من مالكه حتى يجوز بيعه ، واستثنوا من ذلك الولى بالنسبة لمحجوريه فأكثر إذا اشترى لأحدهما من الآخر طعاماً فيجوز له أن يبيعه قبل قبضه له لأجنبى كما تقدم .

• (وجَازَ) لمن اشترى طعاماً (إقْرَاضُه) قبل قبضه لشخص (أو وَفَاؤُهُ عَنْ قَرْضٍ) عليه لأن الإقراض والوفاء عن قرض ليسا ببيع فليس فيه توالى

بمعنى على أى باعه على المحجور الثانى بعد أن اشتراه له من المحجور الآخر من غير أن يتخلل البيعتين قبض .

قوله : [فكأنه قبضه] : أى لمحجوره الثانى وقوله وباعه له أى عليه .

قوله : [فلا يجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء] : أى لأن شرط جواز بيع طعام المعاوضة ألايقبض من نفسه لنفسه .

قوله : [لأنه قبض من نفسه لنفسه حقه] : إلخ : هذا التعليل عائد على ما تقدم من قوله بخلاف من عنده طعام وديعة إلى هنا بدليل قوله : « وهاتان المسألتان» إلخ .

قوله : [واستثنوا من ذلك] : أى من قولهم إن القبض من النفس ضعيف لا يعتبر .

عقدتى بيع لم يتخللهما قبض بخلاف وفائه عن دين أصله بيع فلا يجوز لوجود علة المنع .

(و) جاز (لِمُقْتَرِضٍ بَيْعُهُ) قبل قبضه ممن اقترضه منه، وسواء باعه لمن تسلفه منه أو لأجنبى ، وهذا محترز : « طعام معاوضة » . وكذا قوله :

* (كَصَدَقَةٍ) أو هبة يجوز بيعها قبل قبضها من الواهب أو المتصدق (ولو) كانت الصدقة (مُرَتَّبَةً مِن بَيْتِ المَالِ) أو من وقف لا فى نظير عمل . ومحل الجواز إذا لم يكن المتصدق أو الواهب اشتراه وتصدق به أو وهبه قبل قبضه وإلا فلا يبيعه حتى يقبضه .

* (و) جاز (إقَالَةٌ مِن جَمِيعِهِ) : أى جميع طعام المعاوضة قبل قبضه

قوله : [لوجود علة المنع] : أى وهى توالى عقدتى بيع لم يتخللهماقبض .

قوله : [ومحل الجواز] : إلخ : ولذلك قال (بن) : ويقيد الجواز بما إذا لم يكن المتصدق اشتراه وتصدق به قبل أن يقبضه ، وإلا فالمتصدق عليه لايبيعه حتى يقبضه ، وكذا يقال فى طعام الهبة والقرض ، قال فى الجلاب : من ابتاع طعاماً بكيل ثم أقرضه رجلا أو وهبه له أوقضاه لرجل عن قرض كان له عليه فلا يبيعه أحد ممن صار إليه ذلك الطعام حتى يقبضه .

● تنبيه : يجوز للسيد بيع الطعام الذى على المكاتب من المكاتَب قبل قبضه منه بعين أو عرض لأنه يغتفر بين السيد وعبده ما لا يغتفر بين غيرهما وهل محل الجواز إن عجل العتق للمكاتب بأن يبيعه جميع ما عليه من النجوم أو بعضها ويعجل العتق على بقاء الباقى فى ذمته أو الجواز مطلقاً ، لأن الكتابة ليست ديناً ثابتاً فى الذمة ولا يحاصص بها السيد الغرماء فى موت ولا فلس ويجوز بيعها للمكاتب بدين مؤجل لا لأجنبى قولان .

قوله : [أى جميع طعام المعاوضة] : الأولى أن يقول أى جميع المبيع من طعام المعاوضة ويدل لذلك ما سيذكره فى المفهوم بعد . والحاصل : أن من اشترى من شخص طعاماً يجوز له أن يوقع الإقالة فى جميعه قبل قبضه سواء كان الثمن عيناً أو عرضاً غاب عليه البائع أم لا .

من بائعه بأن يرده لبائعه ، لأنها هنا حل بيع لا بيع قال ابن عرفة : الإقالة ترك المبيع لبائعه بثمنه (ا هـ) فإن وقعت بأكثر من الثمن أو أقل لم يجز لأنها حينئذ بيع كما يأتى . ومفهوم جميعه فيه تفصيل أشار له بقوله :

(وَكَذَا) تجوز الإقالة قبل قبض الطعام (من بَعْضِهِ) دون البعض الآخر إذا كان الثمن الذى وقع به البيع حاضراً لم يغب عليه البائع ، وأولى إذا لم يقبضه أو غاب عليه ، وهو مما يعرف بعينه كالعروض والحيوان. وإلا لم يجز لأنه يعد بيعاً مستقلاً فيلزم بيع الطعام قبل قبضه وإليه أشار بقوله : (إلا إذَا كانَ الثَّمَنُ لا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ وغَابَ عليه البَائِعُ) .

* وأشار لشرط جواز الإقالة من الطعام قبل القبض بقوله :

(إنْ وَقَعَتْ) الإقالة فيه (بالثَّمَنِ) عينه سواء كان الثمن مثلياً أو عرضاً أو حيواناً ناطقاً أو غيره لا بأقل منه ولا بأكثر ولا بغيره ، وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ، وسواء كان الطعام المبتاع سلماً أو لا فيجوز بالثمن نفسه (وإنْ تَغَيَّرَ سُوقُهُ)

قوله : [لا بيع] : أى مؤتنف وإلا لمنعت لما فيها من بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : [إلا إذا كان الثمن لايعرف بعينه] : أى كان عيناً أو طعاماً وإنما منعت الإقالة مع غيبته عليه لأن فيه بيعاً وسلفاً فالبيع ما كان الثمن فى مقابلة البعض الذى لم تقع الإقالة فيه والسلف ما كان فى مقابلة البعض الذى وقعت الإقالة فيه :

والحاصل : أنه إذا كان رأس المال عرضاً يعرف بعينه — غاب عليه القابض أم لا — أو كان عيناً أو طعاماً لا يعرف بعينه ولم يغب عليه القابض جازت الإقالة فى البعض وإن كان عيناً أو طعاماً وقبضه وغاب عليه لم تجز الإقالة فى البعض .

قوله : [وإلا لزم بيع طعام المعاوضة قبل قبضه] : أى لأنه متى تغير الثمن الأول فى الصفة أو القدر . لا يقال فيها : حل بيع ، بل بيع مؤتنف وبيع الطعام قبل قبضه يجوز .

قوله [وإن تغير سوقه] : الضمير يعود على الثمن فإذا أسلمت دابة مثلا فى طعام فإنه يجوز لك أن تقيل منه قبل قبضه وإن تغير سوق تلك الدابة بزيادة أو نقص لأن المدار على عين المدفوع ثمناً وهو باق ..

بغلاء أو رخص (لا) إن تغير (بَدَنُهُ) بعيب كعرج وعور أو بسمن أو هزال .

(لا) تجوز إن وقعت (بِمِثْلِهِ) أى مثل الثمن إذا كان من المثليات من مكيل أو موزون أو معدود (إلا العَيْنُ) خاصة (فله دَفْعُ مِثْلِها) إذا غاب عليها بائع الطعام بعد قبضها بل (وإنْ) كانت (حَاضِرَةً) بيده فى المجلس ، لأن النقود لا تراد لأعيانها .

وإذا كان الطعام الذى وقعت فيه الإقالة سلماً لا بد من تعجيل رد رأس المال الذى وقع ثمناً لئلا يلزم فسخ الدين فى الدين ، ولا يجوز التأخير ولو ساعة ولو برهن أو حميل أو حوالة .

• (والإقَالَةُ) — من حيث هى — (بَيْعٌ) يشترط فيها ما يشترط فيه ، ويمنعها ما يمنعه ، فإذا وقعت وقت نداء الجمعة منعت وفسخت ، وإذا حدث بالمبيع عيب وقت ضمان المشترى ولم يعلم به البائع إلا بعد الإقالة فله الرد به .

(إلا فى طَعَامِ المُعَاوَضَةِ) قبل قبضه فهى فيه حل للبيع كما مر .

وقوله : [لا إن تغير بدنه] : أى فلا تجوز الإقالة فيه حينئذ إلا بعد قبض الطعام لأن الإقالة حينئذ تصير بيعاً مؤتنفاً .

قوله : [أو بسمن أو هزال] : أى فلا فرق بين الأمة والدابة خلافاً لما مشى عليه خليل من جعله سمن الدابة وهزالها مفوّتاً بخلاف سمن الأمة وهزالها فلا يفيتها . وإنما المفوت لها التغير بنحو العور فإن ما مشى عليه شارحنا هو ما استظهره ابن عرفة قائلا : الأظهر أن ما يراد من الرقيق للخدمة كالدابة .

قوله : [إلا العين خاصة] : قال الخرشى : وهذا ما لم يكن البائع من ذوى الشبهات فإن الدراهم والدنانير تتعين فى حقه .

قوله : [إذا غاب عليها] إلخ : محل هذا فى الإقالة من الجميع لا من البعض لأنه تقدم أنه يشترط فيه عدم الغيبة على الثمن إذا كان لا يعرف بعينه .

قوله : [لأن النقود لا تراد لأعيانها] : أى ما لم يكن من ذوى الشبهات كما علمت .

قوله : [فهى فيه حل للبيع] : أى فلذلك جازت قبل قبض المشترى لها من

(و) إلا فى (الشُّفعةِ) فليست بيعًا ، ولا حلّ بيع ، بل هى لاغية .
فمن باع نصيبه من عقار ثم أقال المشترى منه فالشفعة ثابتة للشريك بما وقعت به الإقالة وعهدة الشفيع على المشترى ، ولو كانت بيعًا لخير الشفيع بين أن يأخذ بالأول أو الثانى وعهدته على من أخذ ببيعه ولو كانت حل بيع لم تكن شفعة .

(و) إلا فى (المرابحةِ) فهى حل البيع ، فمن باع بمرابحة ثم تقايل مع المشترى فلا يجوز له أن يبيعها مرابحة على الثمن الذى وقعت الإقالة به إذا وقعت بزيادة .

● (و) جازت (تَوْلِيَةٌ فيه) : أى فى الطعام قبل قبضه بأن يقول له شخص : ولنى ما اشتريت من الطعام بما اشتريته فيفعل،
(وشَرِكَةٌ) بأن يقول له : أشركنى فيما اشتريته من الطعام قبل قبضه ،

البائع بالشروط المتقدمة .

قوله : [بل هى لاغية] : أى باطلة شرعاً كالمعدومة حسًّا .

قوله : [فالشفعة ثابتة] : أى وليست مرتبة على كون الإقالة بيعاً بل على البيع الأول :

قوله : [لخير الشفيع] : أى لما يأتى فى الشفعة من أن المشترى إذا تعدد خير الشفيع بين أن يأخذ بأى بيع إلى آخر ما يأتى :

قوله : [لم تكن شفعة] : أى لم توجد لرجوع المبيع لصاحبه .

قوله : [فلا يجوز له أن يبيعها مرابحة] إلخ : أى كمن اشترى سلعة بعشرة وباعها بخمسة عشر ثم تقايلا فلا يبيع مرابحة على الثمن الثانى اللهم إلا أن يبين :

قوله [وجازت تولية] : التولية تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه وهى فى الطعام غير الجزاف رخصة وشرطها كون الثمن عيناً كما يأتى .

قوله : [وشركة] : المراد بالشركة هنا جعل مشتر قدراً لغير بائعه باختياره مما اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه – كذا قال ابن عرفة . قوله : « هنا » احترازاً من الشركة المترجم عنها بباب الشركة ، والإشارة بقوله : « هنا » إلى مبحث الإقالة والتولية وقوله : « قدراً أخرج به التولية » وقوله : « لغير بائعه » أخرج به الإقالة فى بعض المواضع وقوله : « باختياره » أخرج به ما إذا اشترى شيئاً ثم استحق جزءاً

فيشركه ؛ لأن التولية والشركة من المعروف كالقرض فتسومح فيهما .

(و) محل الجواز فى الشركة (إنْ لم تَكُنْ) الشركة (عَلَى) شرط أن (يَنْقُدَ) من شركته (عَنْكَ) الثمن الذى اشتريت به وإلا كان بيعاً وسلفاً منه لك وانتفى المعروف فهذا ظاهر الشركة دون التولية .

(و) إن (استَوَى عقدَاهُمَا) : أى المولِّى والمشرِك - بالكسر - والمولَّى والمشرَك - بالفتح - قدراً وأجلا وحلولا ورهناً وحميلا (فِيهِمَا) : أى فى التولية والشركة فى الطعام قبل قبضه خاصة فقوله : « فيهما » راجع لشرط الاستواء فقط كما يفيده النقل .

منه فإنه يصدق عليه أن المشترى جعل قدراً لغير بائعه لكن بغير اختياره وقوله « بمنابه من الثمن » أخرج به ما إذا اشترى سلعة بدينار ثم جعل لأجنبى منها الربع بنصف دينار فلا يصدق على ذلك شركة هنا .

قوله : [كالقرض] : أى فكما يجوز فيه القرض بعد شرائه وقبل قبضه يجوز فيه التولية والشركة .

قوله : [وإلا كان بيعاً وسلفاً] إلخ : قال (عب) : ولا يخفى أن التعليل بالبيع والسلف يجرى فى الشركة فى غير الطعام فحينئذ لا خصوصية لطعام المعاوضة بذلك.

قوله : [فهذا ظاهر فى الشركة دون التولية] : أى وأما التولية فلا يضر فيها هذا الشرط لأنه ينقد عن نفسه ما لزمه، خلافاً لما مشى عليه بعض شراح خليل من المنع فى التولية أيضاً معللا بأن البائع الأول قد يشترط النقد على المشترى وقد لايكون معه نقد فإذا اشترط المشترى ذلك على من ولاّه أن ينقد الثمن عنه ثم ولاّه بعد ذلك كان ذلك سلفاً ابتداء من حيث شرط النقد وبيعاً انتهاء من حيث أخذ المبيع فى نظير الثمن وهذا تكلف بعيد كما لا يخفى.

قوله : [وإن استوى عقداهما] إلخ : بقى شرط ثالث : وهو أن يكون الثمن عيناً ، فإن كان مكيلا أو موزوناً منع عند ابن القاسم لا عند أشهب ، اللخمى وقول أشهب أحسن إذا كان مما لا تختلف فيه الأغراض (اه) . ولا يجوز أن يوجه إذا كان رأس المال عرضاً لا يكال ولا يوزن لأن ذلك يئول إلى القيمة فيؤدى لعدم استواء العقدين لأن القيمة لاتنضبط .

قوله : [راجع لشرط الاستواء] : أى لما علمت أن شرط النقد لايضر فى

* (وإنْ) اشتريت شيئاً فطلب منك إنسان أن تشركه فيه و(أشركته) بأن قلت له: أشركتك (حمل) التشريك (عِنْدَ الإطْلاَقِ على النِّصْفِ) : فيقضى فإن قيد بشىء من ثلث أو غيره فالأمر ظاهر . (وإن سَأَلَ ثَالِثٌ شرِكَتَهُمَا، فله الثُّلُثُ) عند الإطلاق (وهَكَذَا) : أى فإن سألهم رابع فله الربع وهذا فيما إذا استوى الأنصباء وسألهما أو سألهم معاً بمجلس فأجابوا بنعم . وأما لو سأل كل واحد على حدته فأجابه لكان له نصف نصيب من أجابه قل أو كثر ، وكذا إذا اختلفت الأنصباء .

* (وَلَوْ وَلَّيْتَهُ) : أى من طلب منك التولية (ما اشتَرَيْتَ) من سلعة

التولية . فتحصل مما تقدم : أن شرط الإقالة فى الطعام قبل قبضه اتفاق الثمنين قدراً ووقوعها فى كل المبيع كبعضه بشرط ألا يغيب على الثمن وهو مما لايعرف بعينه . وشرط التولية فيه قبل قبضه : استواء العقدين فى قدر الثمن وأجله أوحلوله وفى الرهن والحميل وكون الثمن عيناً . وشرط الشركة فيه قبل قبضه : ألا يشترط المشرك بالكسر على المشرك بالفتح أن ينقد عنه وأن تفق عقداهما وأن يكون الثمن عيناً ، فالاتفاق فى قدر الثمن شرط فى الثلاثة ، وكون الثمن عيناً شرط فى التولية والشركة فقط ، واشتراط عدم النقد عنه شرط فى الشركة فقط .

● تنبيه : يدخل فى ضمان المولَّى والمشرَك – بالفتح – فيهما جميع الشىء المشترى المعين فى التولية ، وحصته فى الشركة كعبد بمجرد عقد الشركة وإن لم يقبضه ولم يدفع الثمن ، وكذلك يدخل فى ضمان المولى والمشرك بمجرد عقد التولية والشركة الطعام الذى كلته يا مولى ويامشرك وصدقك وشركته أو وليته ثم تلف وإن لم يقبضه الثمن لفعل المعروف ، فهاتان المسألتان مستثناتان من بيع الغائب وذى التوفية فتأمل .

قوله : [على النصف] : أى لأنه الجزء الذى لا ترجيح فيه لأحد الجانبين .

قوله : [وكذا إذا اختلفت الأنصباء] : أى كما لوكانا شريكين بالثلث والثلثين ، فإذا قالا له : أشركناك ، كان له نصف الثلث ونصف الثلثين وحينئذ فيكون له النصف وللأول السدس وللثانى الثلث .

(بما اشتَرَيْتَ) من ثمن ولم تبين له الثمن ولا المثمن (جَازَ) لأنه من المعروف (إنْ لَمْ تُلْزِمْهُ) البيع بأن سكت أو جعلت له الخيار عند رؤيته المبيع وعلمه بثمنه .

(وله الخِيَارُ) إذا رآه وعلم الثمن . ومفهوم : « إن لم تلزمه » أنك لو ألزمته البيع لم يجز ، وهو كذلك لما فيه من الخطر وشدة الجهالة فيفسد البيع .

(وإنْ عَلِمَ) حين التولية (بأحَدِ العِوَضَيْنِ) الثمن أو المثمن دون الآخر (ثم عَلِمَ بالآخَرِ فَكَرِهَ) البيع وأراد رده (فلذلك له) .

● ولما كانت الأنواع التى يطلب فيها المناجزة ستة بين ما هو الأضيق منها بقوله :

* (والأَضْيَقُ) مما يطلب فيه المناجزة :

(صَرْفٌ) لأنه لا يغتفر فيه المفارقة بالبدن ولا طول بالمجلس .

(فإقالةُ طَعَامٍ) من سلم تقدم فى صدر هذا المبحث أنه لا يجوز فيه التأخير ولا ساعة ، إلا أن المفارقة بالبدن لتحصيل الثمن لا تضر إذا لم تطل ، وكذا التوكيل على القبض قبل المفارقة .

قوله : [جاز] إلخ : أى والفرض أنها حصلت بصيغة التولية ، وأما لو كانت بلفظ البيع لفسدت فى صورتى الإلزام والسكوت وصحت فى شرط الخيار وظاهره الجواز سواء كان الثمن عيناً أو غيره . إن قلت : تقدم أن شرط التولية كون الثمن عيناً ؟ أجيب بأن ما تقدم فى التولية فى طعام المعاوضة قبل قبضه وأما فيه بعد القبض أو فى غيره مطلقاً فتجوز وإن لم يكن الثمن عيناً .

قوله : [فذلك له] : أى له الخيار لأن التولية من ناحية المعروف تلزم المولى بالكسر بمجرد العقد ولا تلزم المولى بالفتح إلا بعد علمه بالثمن والمثمن .

قوله : [المفارقة بالبدن] : أى للمتصارفين معاً أو لأحدهما ليأتى بدراهمه .

قوله : [ولا طول بالمجلس] : أى بعد العقد وقبل الاصطراف .

قوله : [فإقالة طعام من سلم] : إنما قيد الشارح الإقالة المذكورة بكون الطعام من سلم لأن الإقالة فى الطعام إذا كان من بيع سواء وقعت قبل قبضه أو بعده يجوز فيها تأخير رد الثمن ولو سنة كما قاله فى حاشية الأصل نقلا عن تقرير شيخ مشايخنا العدوى والعلة فى منع التأخير فى الإقالة من طعام السلم تأديته إلى فسخ الدين فى الدين مع بيع الطعام قبل قبضه ولا يقال إنها حل بيع لأننا نقول هذه الإقالة

(فتوْلِيَةٌ فَشَرِكَةٌ فيه) : أى فى طعام السلم ، فمن أسلم فى طعام فولاه لغيره أو أشركه فيه اغتفر لمن ولاه أو أشركه تأخير الثمن بعض اليوم ، وقيل : يغتفر مفارقة البدن فقط كالذى قبله . والوسع فيه عما قبله باعتبار أن القول بجواز تأخير اليوم أو اليومين قوى .

(فإقالةُ عَرْضٍ) : أى من سلم ؛ فمن أسلم فى عرض ثم أقال بائعه فلا بد من تعجيل رد مال السَّلَم ، وإلا لزم فسخ الدين فى الدين ، وقد يجوز التأخير نحو الساعة العرفية .

(و) مثله (فَسْخُ دَيْنٍ فى دَيْنٍ) صريحًا : كأن تطالبه بدين عليه عين مثلا فيعطيك فى نظيره ثوباً أو عبداً وبالعكس ، فلا بد من التعجيل كالذى قبله وقد يغتفر نحو الذهاب للبيت . وسعة من حيث إن الخلاف بجواز اليوم ونحوه قوى .

(فبَيْعُهُ به) : أى بيع الدين بالدين كبيع عرض من سلَم لغير من هو عليه ، فلا بد فيه من تعجيل ثمنه كالذى قبله . ووسعه باعتبار أن الخلاف فيه قوى فلا يجوز اليوم ونحوه فى الجميع على ما هو المعتمد .

(فابتداؤه) : أى الدين بالدين ، فإنه أوسع مما قبله حقيقة ؛ لجواز تأخير رأس السلم بشرط الثلاثة الأيام . فعلم أن الأضيق حقيقة الصرف ، والأوسع حقيقة ابتداء الدين بالدين ، وأن ما بينهما على ما هو المعتمد رتبة واحدة والتوسعة فيها باعتبار أن مقابل المعتمد فيها قوى. ومن قلد عالمًا فى قوله المعتبر عند أهل العلم لقى الله سالمًا والله أعلم .

لما قارنها التأخير عدت بيعاً لخروجها عن مورد الرخصة .

قوله : [فتولية فشركة فيه] : علة منع التأخير فيما ذكر تأديته إلى بيع الدين بالدين مع بيع الطعام قبل قبضه لأن المولى والمشرك بالكسر باع الطعام الذى فى ذمة المسلم إليه بالثمن الذى لم يأخذه من المولى والمشرك بالفتح فيهما ولما كان مجموع علتين كان أضيق مما بعده .

قوله : [والأوسع حقيقة ابتداء الدين] إلخ : أى لجواز التأخير فيه ثلاثة أيام باتفاق ووجوب التعجيل فى الصرف وعدم جواز التأخير .

وقوله : [وأن ما بينهما على ما هو المعتمد فى رتبة واحدة]: أى وهو جواز التأخير للذهاب لنحو البيت .

قوله : [على ما هو المعتمد] : أى فالمعتمد أن التوسعة فيه باعتبار قوة الخلاف وضعفه لا باعتبار اتساع الزمن .

فصل فى بيان حكم بيع المرابحة وبيان حقيقته

• (المُرَابَحَةُ : وهى بَيْعُ ما اشْتَرَى) من إضافة المصدر لمفعوله : أى إن حقيقتها أن يبيع بائع شيئاً اشتراه بثمن معلوم (بِثَمَنِهِ) الذى اشتراه به (ورِبْحٍ) : أى مع زيادة ربح (عُلِمَ) لهما فخرج جميع أنواع البيع من صرف ومبادلة ومراطلة وسلم وشركة ، وكذا الإجارة والمساقاة .

• (جَائِزَةٌ) خبر لقوله المرابحة ، والمراد بالجواز خلاف الأولى ، ولذا قال الشيخ : « والأحب خلافه » . والمساومة أحب إلى أهل العلم من بيع المزايدة وبيع

فصل :

لما كان البيع ينقسم إلى بيع مساومة . كبيع المالك بغتة لمن يشترى منه ، واستئمان ك : بعنى كما تبيع للناس ، ومزايدة كبيع الدلال فى التركات أو على التجار ، ومرابحة وهو المقصود هنا فلذلك تعرض لأحكامه .

قوله : [حكم بيع المرابحة]: سيأتى أنها جائزة وقوله وبيان حقيقته أى تعريفه .

قوله : [وربح] : هذا يقتضى أن البيع على الوضيعة والمساواة لا يقال له مرابحة . والظاهر أن إطلاق المرابحة عليهما حقيقة عرفية وأجيب بأن هذا تعريف للنوع الغالب فى المرابحة الكثير الوقوع لا تعريف لحقيقتها الشاملة للوضيعة أو المساواة وقد عرف ابن عرفة حقيقتها : بأنها بيع مرتب ثمنه على ثمن مبيع تقدمه غير لازم مساواته له . فقوله : غير لازم مساواته له صادق بكون الثانى مساوياً للأول أو أزيد أو أنقص منه ، قال : فخرج بالأول المساومة والمزايدة والاستئمان ، وخرج بالثانى الإقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب على القول بأنها بيع .

قوله : [والمراد بالجواز خلاف الأولى] : وليس المراد بالجواز الكراهة ومراد خليل بقوله : والأحب خلافه ، خصوص بيع المساومة فهو من قبيل العامّ الذى أريد به الخصوص بدليل قول الشارح والمساومة أحب إلخ .

الاستئمان والاسترسال ، وأضيقها عندهم بيع المرابحة لأنه يتوقف على أمور كثيرة قلّ أن يأتى بها البائع على وجهها .

* ويجوز بيع المرابحة (وَلَوْ عَلَى عِوَضٍ مَضْمُونٍ) : أى موصوف نقده فى سلعة وأولى مقوّم معين فمن ابتاع سلعة بحيوان أو عرض موصوف أو معين ونقده فيها جاز أن يبيعها مرابحة على ما نقد لا على قيمته إذا وصفه للمشترى عند أبى القاسم ومنعه أشهب؛ فقولنا : « مضمون » : أى موصوف نص على المتوهم ، فأولى إن كان العوض معينًا : كهذا الثوب . وقول الشيخ : « مقوّم » صادق بهما . والمراد أنه نقد فيها العوض وليس المراد أنه فى الذمة إذ ما لم يبرز فى الخارج لا تصح مرابحة عليه .

قوله : [والاسترسال] : عطف مرادف على ما قبله وإنما كانت المساومة أحب لما فى المزايدة من السوم على سوم الأخ المنهى عنه ولما فى الاستئمان من الجهل والخطر ولتوقف المرابحة على أمور كثيرة .

قوله : [ولو على عوض] : صوابه مقوم كما قال خليل ؛ أى هذا إذا كان ثمن السلعة المبيعة مرابحة عينًا بل ولو كان على مقوم وفيه ردّ على أشهب كما سيأتى.

قوله : [ومنعه أشهب] : أى إذا كان المقوم الموصوف ليس عند المشترى مرابحة لما فيه من سلم الحال ، لأن دخول البائع على أن المشترى يدفع له المقوم الموصوف الآن هو عين السلم الحال ، وهو باطل عندنا : واختلف : هل ابن القاسم يجوّز هذه المسألة؟ فيكون بينه وبين أشهب خلاف ، أو يمنعها فيكون موافقًا ؟ ومحل الخلاف بينهما فى مقوّم مضمون ليس عند المشترى ولكن يقدر على تحصيله وإلا لمنع اتفاقًا كما يتفقان على المنع فى مقوم معين فى ملك الغير لشدة الغرر ، وأما مضمون أو معين فى ملكه فيتفقان على جوازه فالصور خمس؛ الأولى: مقوم مضمون ليس عند المشترى ولكن يقدر على تحصيله . والثانية : مثلها لكن لا يقدر على تحصيله . والثالثة : معين فى ملك الغير . والرابعة : مضمون فى ملكه . والخامسة : معين فى ملكه .

قوله : [والمراد أنه نقد فيها العوض] : يعنى أن بائع المرابحة نقد العوض الذى يبيع عليه مرابحة لمن اشترى منه .

● (وحَسِبَ) البائع على المشترى (إنْ أطْلَقَ) فى الربح حال البيع من غيره بيان ما يربح له وما لا يربح بل وقع على ربح العشرة أحد عشر مثلا (رِبْحَ، مَالَهُ عينٌ قائمةٌ) بالسلعة أى مشاهدة بالبصر (كصَبْغٍ وطَرْزٍ وقَصْرٍ وخياطَةٍ وفَتْلٍ) لحرير ونحوه وغزل (وكَمْدٍ) : بسكون الميم أى دق الثوب لتحسينه (وتَطْرِيَةٍ) : أى جعل الثوب فى الطراوة ليلين وتذهب خشونته، وكذا عرك الجلد المدبوغ ليلين . ومحل «حَسَبَ» ما ذكر إن كان استأجر عليه، لا إن كان من عنده قال ابن يونس : لو كان هو الذى يتولى الطرز والصبغ ونحو ذلك لم يجز أن يحسب فإذا لم يكن له عين قائمة حسب أصله فقط دون ربحه إن زاد فى الثمن .

قوله : [وحسب البائع على المشترى] إلخ : حاصله أنه إذا وقع البيع على العشرة أحد عشر، فإنه يحسب على المشترى ثمن السلعة وربحه ويحسب عليه أيضاً أجرة الفعل الذى لأثره عين قائمة وربحها . واعلم أن قول المصنف : «وحسب» إلخ فى حالتين : ما إذا بين البائع جميع ما لزم تفصيلا، إما ابتداء، أو بعد الإجمال: كأن يقول: قامت علىّ بمائة ثم يفصل ولم يبين ما يربح له وما لا يربح له ولم يشترط ضرب الربح لا على الكل ولا على البعض، بل قال : أبيع على المرابحة العشرة أحد عشر مثلا وبقى ما إذا شرط . وتحته أربع صور، لأنه : إما أن يشترط ضرب الربح على الكل أو البعض، وفى كل: إما أن يكون ذلك بعد تفصيل ما لزم ابتداء أو بعد تفصيله بعد الإجمال،فيعمل بالشرط فى الصور الأربع كما فى الحاشية .

قوله : [كصبغ] : بفتح الصاد : مصدر ليناسب ما بعده وهو مثال للفعل الذى لأثره عين قائمة ويصح قراءته بالكسر : أى الأثر فعلى هذا يحتاج لتقدير فى الكلام أى كعمل صبغ .

قوله : [ونحوه] : أى كقطن وكتان وقوله وغزل هو نوع آخر غير الفتل .

قوله : [إن كان استأجر عليه] : أى ولو كان شأنه عمل ذلك بنفسه .

قوله : [حسب أصله فقط] : أى حسب أجرة الفعل الذى زاد فى الثمن وليس لأثره عين قائمة فيعطى للبائع تلك الأجرة مجردة عن الربح .

وإليه أشار بقوله :

* (و) حسب (أَصْلُ ما زَادَ فى الثَّمَنِ) دون ربحه ولم يكن له عين قائمة (كأجْرَةِ حَمْلٍ) من مكان لآخر إذا كانت السلع فى المكان المنقولة إليه أغلى من المنقولة منه .

(و) أجرة (شَدٍّ وَطَيٍّ) للثياب ونحوها أو للأحمال (اعتِيدَ أجْرَتُهُمَا) بأن لم تجر العادة بأنه هو الذى يتولى ذلك (وَكِرَاءِ بَيْتٍ للسِّلْعَةِ فقط ، وإلا) يعتد أجرتهما بأن جرت بأن البائع هو الذى يتولاهما بنفسه، ولم يكن البيت لخصوص السلعة بل لها ولربها (فَلاَ) يحسب أصل ولا ربح ، كما لو تولى ما ذكر بنفسه . وأما السمسار ، فإن اعتيد بأن كان المبتاع مثله لا يشترى إلا بسمسار فقال أبومحمد وابن رشد : يحسب أصله دون ربحه ، وقال ابن محرز : يحسب ربحه أيضًا ، والمعتمد الأول . وإن لم يعتد بأن كان شأن المبتاع يتولى الشراء بنفسه لم يحسب ما أخذه ولا ربحه قطعًا . وشذ من خالف .

* ومحل جواز المرابحة : (إنْ بَيَّنَ) حال البيع أصل الثمنِ وما يربح له وما لا يربح

قوله : [إذا كانت السلع] إلخ : أى حيث إن الحمل زادها ثمناً، والموضوع أنه استأجر عليه وأما لو حمله بنفسه فلا يحسب له أجرة وكذا يقال فى الشدّ والطى .

قوله : [بأن لم تجر العادة] إلخ : حاصله أنه متى كان شأنه تعاطيه بنفسه فلا يحسب أجرتهما ولا ربحه ولو أجر عليه وهذا بخلاف الفعل الذى لأثره عين قائمة فإنه متى أجر عليه حسب الأجرة وربحها ولو كان شأنه يتولى ذلك بنفسه والفرق أن مالا عين له قائمة لا يقوى قوة ماله عين قائمة ، كما قرره الأشياخ .

قوله : [وإن لم يعتد] إلخ : حاصل ما ذكروه فى السمسار إذا لم يعتد أنه إذا كان بائع المرابحة من الناس الذين يتولون الشراء بأنفسهم ففيه ثلاثة أقوال ، قيل : تحسب أجرة سمساره وربحها، وقيل لا : يحسبان ، وقيل : تحسب أجرته دون ربحها . ومذهب المدونة والموطأ : لا يحسب هو ولا ربحه؛ فلذلك قال الشارح : وشذ من خالف .

قوله : [إن بين حال البيع أصل الثمن] : حاصله أن المصنف أراد أن يبين الأوجه الخمسة التى أفادها عياض بقوله اعلم أن وجوه المرابحة لا تخلو من خمسة أوجه

له والربح وجعل الربح على الجميع أو على ما يربح له فقط أو أطلق (أو) أجمل و(قال) : أبيعك (على رِبْحِ العَشَرَةِ أحَدَ عَشَرَ) ثم قال: وقفت على بمائة (ولم يُبَيِّنْ مَالَهُ الرِّبْحُ مِنْ غَيْرِهِ) : أى بعد بيان ما تحصلت به عنده من ثمن وغيره بدليل ما بعده ويفض الربح على ما يربح له دون غيره على ما تقدم.

(وزِيدَ) إذا قال : على ربح العشرة أحد عشر (عُشْرُ الأصْلِ) : أى الثمن الذى اشتريت به السلعة ، وكذا ثمن ماله عين قائمة على ما تقدم . فإذا كان الأصل مائة زيد عشرة (وفى) قوله على (رِبْحِ العَشَرَةِ اثنا عشر) يزاد (خُمُسُهُ) : أى خمس الأصل ، لأن الاثنين من العشرة خمس وهكذا .

* (فإنْ أبْهَمَ ، كَ : قَامَتْ عَلَيَّ بكذا : أو : قامت بشَدِّهَا وَطَيِّها بكذا ، ولم يُفَصِّلْ) : أى لم يبين ما هو أصل ثمنها ولا ثمن ماله عين قائمة ولا غيره (فَلَهُ) : أى للمشترى (الفَسْخُ) والرضا بما يتراضيان عليه ، ولا يتعين الفسخ على ما يظهر ترجيحه من كلامهم .

(إلاَّ أن يَحُطَّ) البائع عن المشترى (الزَّائِدَ) على أصل ما يلزمه (ورِبْحَهُ)

أحدها : أن يبين جميع ما لزمه أى غرمه مما يحسب أو لا يحسب مفصلا ومجملا ويشترط ضرب الربح على الجميع . الثانى : أن يفسر ذلك أيضاً مما يحسب ويربح عليه وما لا يربح له وما لا يحسب جملة ويشترط ضرب الربح على ما يجب ضربه عليه خاصة . الثالث : أن يفسر المئونة بأن يقول لزمها فى الحمل كذا وفى الصبغ كذا والشد والطى كذا وباع على المرابحة العشرة أحد عشر ولم يفصل ما يوضع له الربح من غيره . الرابع : أن يبهم ذلك كله ويجمعه جملة فيقول قامت على بكذا أو ثمنها كذا وباع مرابحة للعشرة درهم . الخامس : أن يبهم فيها النفقة مع تسميتها فيقول قامت بشدها وطيها وحملها وصبغها بمائة أو يفسرها فيقول عشرة منها فى مؤنتها ولا يفسر المؤنة (اهـ) .

قوله : [فإذا كان الأصل مائة زيد عشرة] : أى وإذا كان مائة وعشرين فالربح اثنا عشر .

قوله : [يزاد خمسه] : أى ففى المثال الذى قاله الشارح يزاد للمائة عشرون وفى المثال الذى قلناه أربعة وعشرون .

فإن حطه لزم البيع : ومحل التخيير : إذا كانت السلعة لم تفت .

● (وتَحَتَّمَ الحَطُّ في الفَوَاتِ) وما ذكرناه من أن للمشترى الخيار إذا لم تفت السلعة مبنى على أن الإبهام بلا تفصيل من باب الكذب ، وهو تأويل عبد الحق وابن لبابة وقول سحنون وابن عبدوس . وقيل إنه من باب الغش ، وعليه فالحكم أنه يسقط عنه ما يجب إسقاطه فاتت السلعة أو لم تفت ولا ينظر إلى القيمة — ذكره فى التوضيح عن عياض ، وهو تأويل أبى عمران . والظاهر من المدونة الأول قال فيها : وإن ضرب الربح على الحمولة ولم يبين ذلك وقد فات المبتاع بتغير سوق أو بدن حسب ذلك ولم يحسب له ربح وإن لم يفت رد البيع إلا أن يتراضيا على ما يجوز (ا هـ) ويحتمل أن كلامها فى المسألة التى قبل مسألة الإبهام التى فيها التأويلان فتأمل .

● (وَوَجَبَ) على البائع عند العقد (تَبْيِينُ ما يَكْرَهُ) المشترى فى ذات المبيع أو صفته .

قوله : [ويحتمل أن كلامها] إلخ : كلام غير مفهوم فالأولى إسقاطه .

● تنبيه : البيع على الوضيعة حكمه كالبيع على المرابحة ، فإذا قال له : أبيعك على الوضيعة العشرة أحد عشر تجزأ العشرة أحد عشر جزءاً وينسب ما زاد على الأصل وهو واحد للأحد عشر يكون جزءاً من أحد عشر جزءاً فإذا كان الثمن مائة جعل مائة وعشرة أجزاء وحط منها عشرة ، وإذا قيل : بوضيعة العشرة خمسة عشر ، جعلت العشرة خمسة عشر ونسبة الخمسة للخمسة عشر ثلث فيحط عن المشترى ثلث الثمن ، وإذا قيل : بوضيعة العشرة عشرين ، جعلت العشرة عشرين جزءاً ونسبة العشرة للعشرين نصف فيحط عن المشترى نصف الثمن وهكذا .

قوله : [تبيين ما يكره] : بالبناء للفاعل كما قدر الشارح . فاعله: ضمير المشترى ، ولايصح قراءته بالبناء للمفعول لأنه يوهم أنه إذا لم يكرهه المشترى ويكرهه غيره يجب البيان ، وليس كذلك كما أفاده فى حاشية الأصل . وهذه قاعدة عامة لا تخص بيع المرابحة بخلاف غالب ما يأتى فيختص بالمرابحة . فإن لم يبين ما يكره فى ذات المبيع أو وصفه كان عدم بيانه تارة كذباً وتارة غشاً كما يأتى بيانه .

(و) تبيين (ما نَقَدَهُ وعَقَدَهُ) : أى عقد عليه إن اختلف النقد والعقد، فقد يعقد على دنانير وينقد عنها دراهم أو عرضاً .

(و) تبيين (الأَجَلِ) الذى اشتراه إليه أو الذى اتفقا عليه بعد العقد لأن له حصة من الثمن (وطُولِ زَمَانِهِ) أى مكثه عنده ولو عقاراً ، لأن الناس يرغبون فى الذى لم يتقادم عهده عندهم .

(و) تبيين (التَجاوُزِ عنْ زِيفٍ أو نَقْصٍ) من الثمن أى رضا بائعه بما وجده فى الثمن من ذلك .

(و) تبيين (أنَّها لَيْسَتْ بَلَدِيَّةً) إن كانت الرغبة فى البلدية أكثر وكذا عكسه إن كانت الرغبة فى غيرها أكثر .

(أو) أنها (مِنْ التَّرِكَةِ) .

قوله : [وتبيين ما نقده وعقده] : فإن لم يبين ؛ فإن كان المبيع قائماً خير المشترى بين ردّه والتماسك بما نقده من الثمن وإن فات عند المشترى لزمه الأقل مما عقد عليه البائع وما نقده كما فى (ح) . وعلى هذا فليس له حكم الغش ولا الكذب.

قوله : [وتبيين الأجل] : أى فإن ترك بيانه كان غشاً فيخير المشترى بين الرد والإمضاء بما دفعه من الثمن مع قيام السلعة . وأما مع فواتها فيلزمه الأقل من القيمة والثمن الذى اشتراها به — كذا فى الخرشى ، ويأتى فى الشارح تبعاً للبنانى ما يقتضى أنه مثل ما نقده وعقد عليه فى كونه ليس غشاً ولا كذباً .

قوله : [ولو عقاراً] : أى وسواء تغير المبيع فى ذاته أو سوقه أو لم يتغير أصلا ولكنه قلّت الرغبة فيه ، خلافاً للخمى حيث قال : إنما يجب بيان طول إقامته عنده إذا تغير فى ذاته أو تغير سوقه وإلا فلا يجب البيان فإن مكث عنده زمناً كثيراً وباع مرابحة ولم يبين كان غشاً، فيخير المشترى بين الرد والتماسك بجميع الثمن إن كان قائما فإن فات لزمه الأقل من الثمن والقيمة .

قوله : [عن زيف] : أى وهو المغشوش الذى خلط ذهبه أو فضته بنحاس أو رصاص .

قوله : [أى رضا بائعه] : أى وليس المراد بالتجاوز تركه وترك بدله لأن هذا داخل فى الهبة .

(و) تبيين (الرُّكُوبِ و) تبيين (اللُّبْسِ) كثوب أى يجب عليه أن يبين الاستعمال عنده من ركوب أو غيره .

(و) تبيين (التَوْظِيفِ) إن حصل منه توظيف أى توزيع الثمن على السلع (ولو اتَّفَقَتِ السِّلَعُ) كأن يشترى عشرة أثواب بمائة ويوظف على كل ثوب عشرة (إلا) أن يكون المبيع (مِنْ سَلَمٍ) متفق فلا يجب بيان التوزيع ، لأن آحاده غير مقصودة ، وإنما المقصود وصفها . ولذا إذا استحق منه ثوب مثلا لزم الرجوع بمثله لا بقيمته بخلاف المبيع فى غير سلم .

● واعلم أن البائع عند البيان قد يغلط وقد يكذب وقد يغش وقد ذكر أحكامها بقوله:

(فإنْ غَلِطَ بِنَقْصٍ) فى الثمن بأن قال للمشترى منه مرابحة اشتريته بخمسين ثم ادعى الغلط ، وقال : بل بمائة (وصُدِّقَ) : أى صدقه المشترى فى ذلك (أو ثَبَتَ) بالبينة (فللمُشْتَرِى) الخيار ، إما (الرَّدُّ) للسلعة (أو دَفْعُ ماتَبَيَّنَ) بالبينة أو بإخباره حيث صدق (وربحه) هذا إن لم تفت السلعة عند المشترى .

قوله : [أى يجب عليه أن يبين الاستعمال] إلخ : أى إذا كان منقصاً ولا فرق بين الركوب فى السفر أو الحضر .

قوله : [ولو اتفقت السلع] : ردّ بـ «لو» قول ابن نافع بعدم وجوب البيان عند الاتفاق قال فإن من عادة التجار الدخول عليه .

قوله : [واعلم أن البائع عند البيان قد يغلط] إلخ : قال (بن) : اعلم أن مسائل المرابحة ثلاثة أقسام: غش وكذب وواسطة . فالغش فى ست مسائل: عدم بيان طول الزمان، وكونها بلدية أو من التركة، وجز الصوف الذى لم يتم، واللبس عند خليل، وإرث البعض . والكذب فى ست مسائل أيضاً : عدم بيان تجاوز الزائف ، والركوب ، واللبس عند غير خليل ، وهبة اعتيدت ، وجز الصوف التام ، والثمرة المؤبرة . والواسطة فى ست أيضاً: ثلاثة لا ترجع لغش ولا لكذب وهى: عدم بيان ما نقده وعقده إذا اختلف النقد مع العقد، وما إذا أبهم، وعدم بيان الأجل على كلام ابن رشد. وثلاثة مترددة بينهما على خلاف : الإقالة، والتوظيف، والولادة (اهـ) .

قوله : [وصدق] إلخ : مفهومه أنه إذا ادعى الغلط بنقص ولم يصدقه المشترى ولم تقم له بينة يكون البيع ماضياً بالغلط ولا يلتفت لدعوى البائع الغلط .

(فإنْ فَاتَتْ خُيِّرَ) المشترى (بَيْنَ) دفع الثمن (الصَّحِيحِ ورِبْحِهِ) والصحيح : ما ثبت بعد البيع (ودَفْعِ القِيمَةِ) : أى قيمة السلعة (يَوْمَ بَيْعِهِ) ما لم تنقص القيمة (عن الغَلَطِ ورِبْحِهِ) ، فإن نقصت فلا ينقص عنهما . فتحصل أن للمشترى الخيار فى الفوات وعدمه وإن اختلف التخيير .

(وإنْ كَذَبَ) البائع بأن زاد فى الثمن ولو خطأً ، بأن يخبر بأنه اشتراها بمائة وقد اشتراها بأقل . واعلم أنهم عدوا عدم بيان تجاوز الزائف والنقص والركوب واللبس وهبة بعض الثمن إن اعتيدت بين الناس وجذ ثمرة أُبِّرَت وجز الصوف التام من الكذب . وجعلوا عدم بيان طول الزمان وكونها بلدية أو من التركة من الغش، واختلفوا فيما إذا أبهم ولم يبين ، فقيل : من الكذب — وهو الذى درجنا عليه — وقيل : من الغش .

ومفهوم قوله : « وإن غلط بنقص » داخل فى عموم قوله : « وإن كذب البائع بأن زاد فى الثمن » إلخ .

قوله : [فإن فاتت] : أى لا بحوالة سوق . لأن حوالة السوق وإن أفاتت السلعة فى الغش والكذب لا تفيتها فى الغلط .

قوله : [فتحصل أن للمشترى الخيار] إلخ : إنما كان له الخيار لأن خيرته تنفى ضرر البائع حيث يدفع له الصحيح وربحه، أو يرد عند القيام وعند الفوات يدفع له الصحيح وربحه، أو القيمة إن لم تنقص على الغلط وربحه مع أن البائع عنده نوع تفريط حيث لم يتثبت فى أمره .

قوله : [بأن زاد فى الثمن] : مثله ترك بيان تجاوز الزائف والركوب واللبس وهبة اعتيدت والصوف التام والثمرة المؤبرة .

قوله : [وجعلوا عدم بيان طول الزمان] إلخ : أى ويضم لتلك الثلاثة جزّ الصوف الذى لم يتم واللبس وإرث البعض .

قوله : [وهو الذى درجنا عليه] : الذى درج عليه فيما تقدم لا يوافق حكم الكذب الذى ذكره هنا لأن ما تقدم عند الفوات يتحتم الحط وهنا يخير بين دفع الصحيح وربحه والقيمة ما لم تزد على الكذب وربحه فتأمل .

وقد ذكر الشيخ فيه التأويلين ، وجعلوا عدم بيان الأجل وما نقد وعقد واسطة بينهما .

فإن كذب (لَزِمَ المُبْتَاعُ) الشراء (إنْ حَطَّهُ) البائع عنه ، أى حط الكذب بمعنى المكذوب به (ورِبْحَه) .

(وإلا) يحطه وربحه (خُيِّرَ) المشترى فى التماسك والرد ، (كَأَنْ غَشَّ) البائع فإن المشترى يخير فى التماسك والرد — ابن عرفة . والغش : أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده فى المبيع أو يكتم فقد موجود مقصود فقده منه (اهـ) كأن يكتم طول إقامته عنده أو يكتب على السلعة ثمناً أكثر مما اشتراها به ثم يبيع على ما اشترى به ليوهم أنه غلط أو يجعل فى يد العبد مداداً ليوهم أنه يكتب ونحو ذلك ، وهذا إن كانت السلعة قائمة .

(فَإِنْ فَاتَتْ) بيد المشترى (فَفِى الغِشِّ) يلزم المشترى (الأقلُّ مِنَ الثَّمَنِ) الذى وقع به البيع والقِيمَة .

(وفى الكَذِبِ خُيِّرَ) المشترى (بَيْنَ الصَّحِيحِ ورِبْحِهِ أو القِيْمَةِ)

قوله : [وقد ذكر الشيخ فيه التأويلين] : أى وأما (بن) فعده من الواسطة كما تقدم .

قوله : [واسطة بينهما] : قد تقدم عن (بن) أن التوسط فى ست أيضاً .

قوله : [كأن يكتم] : هذا وما بعده مثالان للثانى .

وقوله : [أو يجعل فى يد العبد مداداً] : مثال للأول .

قوله : [الأقل من الثمن الذى وقع به البيع والقيمة] : أى يوم قبضها على رواية ابن القاسم ، وروى ابن زياد يوم بيعها . والراجح الأول . وعليه فالفرق بين الغش والكذب حيث اعتبرت القيمة فيهما يوم القبض ، وبين الغلط حيث اعتبرت القيمة فيه يوم البيع . كما مر أن الغش والكذب أشبه بفساد البيع من الغلط والضمان فى الفساد بالقبض .

قوله : [وفى الكذب خير المشترى] إلخ : وقيل الخيار للبائع . قال (عب) : ويدل على أن التخيير للبائع قول المصنف يعنى خليلا ما لم تزد على الكذب وربحه إذ لو كان الخيار للمشترى لم يكن لهذا التقييد معنى ؛ إذ له دفع القيمة ولو كانت

يوم قبضه ولا ربح لها (ما لم تَزِدْ) القيمة (على الكَذِبِ ورِبْحِهِ) ، فإن زادت عليهما لم يلزم الزائد .

* ولما كان التدليس أعم من الغش ، لأن كاتمَ طول الزمان والعقد والنقد مدلس وليس بغاش بين حكمه بقوله :

(والمُدَلِّسُ هنا) : أى فى المرابحة (كغيرِهِ) : أى كالمدلس فى غيره يخير المشترى فى الرد أو التماسك ولا شىء له إلا أن يدخل عنده عيب فيجرى فيه ما تقدم فى العيوب . ولو قال : والعيب هنا كغيره لكان أعم لأنه يشمل ما دلس فيه وما لم يدلس فيه ، لكن ذكره مع الغش يفيد المقصود فتأمل .

زائدة على الكذب وربحه لأنه يدفعها باختياره وله دفع الصحيح وربحه الذى هو أقل من القيمة (اهـ) وما قاله (عب) اقتصر عليه فى المجموع .

قوله : [مدلس وليس بغاش] : هذا يناقض ما تقدم ، فإنه مثّل للغش بقوله كأن يكتم طول إقامته عنده فالأولى حذف طول الزمان من هنا ويقتصر على ما بعده ، فإن كتم الزمان وكتم طول كونها بلدية أو من التركة أو بجز الصوف الغير التام . أو إرث بعضها يقال له : غش .

قوله : [فيجرى فيه ما تقدم فى العيوب] : أى فإما أن يكون قليلا جداً أو متوسطاً أو مفيتاً للمقصود . ويجرى ما تقدم فى بيع المساومة فى المرابحة فإن كان العيب الحادث عند المشترى يسيراً كان بمنزلة العدم وخياره على الوجه المذكور ثابت ، وإن كان متوسطاً خيّر إما أن يردّ ويدفع أرش الحادث أو يتماسك ويأخذ أرش القديم . وإن كان مفيتاً للمقصود تعين التماسك وأخذ أرش القديم .

فصل جامع في المداخلة وبيع الثمار والعرايا وغيرها

● اشتمل على أشياء : المداخلة وبيع الثمار والعرايا والجوائح. ودخول شيء فى العقد على شيء ، قريب المناسبة للمرابحة على العكس منها ؛ لما فيه من ربح المشترى ، ويقرب من المداخلة : بيع الثمار والزرع ؛ لأن الشأن تبقيته على أصله ليتم طيبه ، فكأن المشترى ربح ذلك مع ذكر الشجر والزرع فى التناول وعدمه ، فكان بينهما مناسبة . وأما العرايا والجوائح فمن متعلقات الثمار وبهذا زال توقف ابن عاشر إذ قال : لم يحضرني وجه مناسبة بعضها لبعض كما لم يظهر لى وجه مناسبة الفصل لما قبله (اهـ)

● وبدأ ببيان المداخلة بقوله :

(يَتَنَاوَلُ البِنَاءُ والشَّجَرُ) : أى العقد على كل منهما من بيع أو رهن وكذا

فصل :

قوله : [اشتمل على أشياء] : بيان لقوله جامع .

قوله : [المداخلة] إلخ : بدل من أشياء ؛ وحاصله أن هذا الفصل اشتمل على أربعة أشياء المداخلة وبيع الثمار والعرايا والجوائح .

وقوله : [ودخول شيء] : مبتدأ وقوله : « قريب المناسبة » خبره وهو شروع منه فى بيان وجه مناسبة كل من الأربعة لما قبله وقد أوضح المناسبة .

قوله : [لما فيه من ربح المشترى] : أى وفى المرابحة الربح للبائع .

قوله : [فكأن المشترى ربح ذلك] : اسم الإشارة عائد على الأصل .

قوله : [مع ذكر الشجر] إلخ : متعلق بقوله ويقرب من المداخلة إلخ .

قوله : [فى التناول وعدمه] : لف ونشر مرتب ، فإن الشجر يتناول الأرض وتتناوله والزرع لا يتناول الأرض ولا تتناوله :

قوله : [يتناول البناء والشجر] : أى تناولا شرعياً إن لم يجر عرف بخلافه كما سيأتى يقول إلا لشرط أو عرف .

الهبة والصدقة والحبس (الأرضَ) : أى التى هما بها (وتَنَاوَلَتْهُمَا) فى العقد عليها ؛ فمن اشترى أرضًا وفيها بناء أو شجر لم يذكرا حين شراء أرضهما . دخلا فى بيع الأرض ، إلا لشرط أو عرف فيعمل به .

(و) تناولت الأرض إذا بيعت أو رهنت (البَذْرَ) الذى لم ينبت فيدخل فى بيعها.

(لا) يتناول بيع الأرض (الزَّرْعَ) الظاهر عليها بل هو لبائعه إلا لشرط أو عرف ، لأن ظهوره على الأرض إبارٌ له ؛ فيكون لمالكه عند عدم الشرط والعرف وما ذكرناه هو الصواب .

* (ولا) تتناول الأرض (مَدفونًا) بها من رخام وعمد وحلى ونقد وغير ذلك (بل) هو (لمالِكِهِ) بلا خلاف (إن عُلِمَ) بالإثبات أنه المالك ، أو دلت القرائن عليه . وحلف سواء كان هو البائع أو غيره من بائع له أو وارث أو غيره .

(وإلا) يعلم مالكه (فَلُقَطَةٌ) إذا لم يوجد عليه علامة الجاهلية

قوله : [التى هما بها] : أى لا أزيد ، والمراد بأرض الشجر ما يمتد فيه جريد النخلة وجذورها المسمى بالحريم ، هذا هو المشهور ، وقيل : إن العقد على النخل لا يتناول الحريم وهى طريقة للشيخ سالم والتتائى وإنما يتناول مكان جدرها فقط .

قوله : [إلا لشرط أو لعرف] : أى فإذا اشترط البائع أو الراهن أو نحوهما إفراد البناء أو الشجر عن الأرض فى البيع أو الرهن أو نحوهما، فلا تدخل فى العقد عليهما . وكذلك لو اشترط البائع إفراد الأرض عن البناء أو الشجر فإنهما لا يدخلان فى العقد عليها .

● تنبيه : ليس من الشرط تخصيص بعض أمكنة بالذكر بعد قوله : جميع ما أملك مثلا ، فإذا قال : بعته جميع أملاكى بقرية كذا — وهى الدار والحانوت مثلا — وله غيرهما ، فذلك الغير للمبتاع أيضاً . ولا يكون ذكر الخاص بعد العام مخصصاً له لأن ذكر الخاص بعد العام إنما يخصصه ويقصره عن بعض أفراده إذا كان منافياً له ؛ وهنا ليس كذلك كما فى حاشية الأصل .

قوله : [وما ذكرناه هو الصواب] : أى فالصواب أن الأرض تتناول البذر المدفون حيث وقع العقد عليها قبل بروزه لا الزرع ، خلافاً لما مشى عليه خليل .

فيعرف على حكم اللقطة إن ظن إفادة التعريف وإلا كان مالاً جهلت أربابه ، محله بيت مال المسلمين .

(أو رِكَازٌ) إذا وجد عليه علامة الجاهلية فيكون لواجده ويُخَمَّس .

* (ولا) يتناول (الشجَرُ) : أى العقد عليه ثمراً (مُؤَبَّراً) والتأبير خاص بالنخل (أو) ثمراً (مُنْعَقِداً) من غير النخل : أى بروزه وتميزه عن أصله . وحقيقة التأبير تعليق طلع ذكر النخل على ثمر الأنثى . ويطلق على انعقاد غيره وعلى ظهور الزرع من الأرض ، وسواء وقع البيع على الشجر فقط أو دخل ضمنا فى بيع الأرض وهذا إذا كان الثمر مؤبراً أو منعقداً (كُلُّهُ أو أَكْثَرُهُ) إذا الحكم للأكثر .

(إلا لِشَرْطٍ) من المشترى فيكون له وكذا العرف (كَمَالِ العَبْدِ) :

قوله : [فيعرف على حكم اللقطة] : أى يعرفه واجده سنة وبعدها يوضع فى بيت المال وهذا مقتضى نص (بن) خلافاً لـ (عب) من أنه يوضع فى بيت المال من غير تعريف ، لأن شأن المدفونة طول العهد فهو مال جهلت أربابه محله بيت المال ومفهوم قوله : « إن علم » إلخ أنه إذا لم يعلم أنه جرى عليه ملك لأحد فإنه يكون للمشترى ، وقيل : للبائع كالمعادن . وكمن اشترى حوتاً فوجد فى باطنه جوهرة وقيل فى الحوت إن اشترى وزناً كانت الجوهرة للمشترى وإن اشترى جزافاً فهى للبائع .

قوله : [ولا يتناول الشجر أى العقد عليه ثمراً مؤبراً] إلخ : حاصله : أن من اشترى أصولا عليها ثمرة قد أبرت كلها أو أكثرها فإن العقد على الأصول لا يتناول تلك الثمرة . وإن أبر النصف فلكل حكمه كما سيأتى . فإن تنازع المشترى والبائع فى تقدم التأبير على العقد وتأخره فالقول للبائع أن التأبير كان قبل العقد كما قاله ابن المواز ، وقيل : القول قول المشترى ، وهو للقاضى إسماعيل .

قوله : [والتأبير خاص بالنخل] : أى التأبير بالمعنى الآتى فلا ينافى إطلاق التأبير فى غير النخل على بروز جميع الثمرة عن موضعها وتميزها عن أصلها وفى الزرع على بروزه على وجه الأرض بدليل ما يأتى .

قوله : [إلا لشرط] : أى ولا يجوز شرط بعضه لأن شرط البعض قصد

لا يدخل فى بيعه بل هو لبائعه إلا لشرط (والْخِلفَةِ) بكسر الخاء المعجمة وسكون اللامِ وبالفاء : وهى ما يخلف الزرع بعد جذه فلا تدخل فى بيع الأصل ، كالبرسيم والقصب ، وليس للمشترى إلا ما وقع عليه البيع من الأصل إلا لشرط .

(وإنْ أُبِّرَ النِّصْفُ) أو ما قاربه دون النصف الآخر (فلكُلٍّ) منهما

لبيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها بخلاف شرط بعض المزهى فجائز .

قوله : [بل هو لبائعه إلا لشرط] : اعلم أن اشتراط المال للعبد جائز مطلقاً كان المال معلوماً أو مجهولا اشترطه كله أو بعضه كان الثمن أكثر من المال أم لا ، كان مال العبد عيناً أو عرضاً أو طعاماً ، كان الثمن من جنسه أو لا حالا أو مؤجلا وأما اشتراطه للمشترى فلا يجوز إلا إذا كان المال معلوماً قبل البيع . وهل يشترط أن يكون الثمن مخالفاً للمال فى الجنس أم لا؟ قولان ، والمعتمد عدم الاشتراط . وهل يشترط أن يكون كل المال فإن اشترط بعضه منع ؟ وهو ما فى (عب) أو لا يشترط ذلك بل يجوز اشتراط بعضه كما يجوز اشتراطه كله وهو ما اختاره (بن) وأما اشتراطه مبهماً فقولان بالفساد والصحة ، والراجح الصحة (اهـ ملخصاً من حاشية الأصل) وما قاله الشارح من أن مال العبد لا يكون للمشترى إلا بالشرط مخصوص بالعبد الكامل الرق لمالك واحد فإن كان مشتركاً فماله للمشترى إلا أن يشترطه البائع ، عكس ما للمصنف . والمبعض إذا بيع ما فيه من الرق فماله له ليس لبائع ولا لمشتر انتزاعه ، ويأكل منه فى اليوم الذى لا يخدم فيه سيده . فإن مات أخذه المتمسك بالرق .

قوله : [إلا لشرط] : أى أو عرف .

قوله : [إلا لشرط] : أى ويجوز اشتراطها بأربعة شروط : أن تكون مأمونة كبلد سقى بغير مطر ، وأن يشترط جميعها وألا يشترط تركها حتى تحبب ، وأن يبلغ الأصل حدّ الانتفاع به لاشتراط هذين الشرطين فى الأصل ، ففى الخلفة أولى وهذه الشروط معتبرة إذا اشترطت الخلفة مع شراء أصلها وأما شراؤها بعد شراء أصلها وقبل جذه فإنما يعتبر الشرط الأول ، كذا فى (عب) . ورده (بن) قائلا: هذا غير صحيح ، بل لابد من اشتراط جميعها سواء اشتريت مع أصلها أو بعد شراء أصلها .

قوله : [والقصب] أى الحلو أو الفارسى فإن كلا له خلفة .

قوله : [وإن أبر النصف] إلخ : هذا إذا كان النصف معيناً بأن كان

(حكْمُهُ) فالمؤبر أو المنعقد للبائع إلا لشرط وغيره للمبتاع ، وهل يجوز للبائع اشتراطه ؟ قولان .

(و) تَنَاوَلَتْ (الدَّارُ) : أى العقد عليها (الثَّابِتَ) فيها (كَبَابٍ ورَفٍّ وسُلَّمٍ سُمِرَ ورَحىً مَبْنِيَّةٍ) بخلاف سرير وسلم لم يسمر ورحى غير مبنية فللبائع إلا لشرطه .

ما أبّر فى نخلات بعينها وما لم يؤبر — فى نخلات بعينها. وأما إن كان النصف المؤبر شائعاً فى كل نخلة — وكذا ما لم يؤبر فاختلف فيه على خمسة أقوال : قيل : كله للبائع ، وقيل : للمبتاع ، وقيل : يخير البائع فى تسليمه جميع الثمرة وفى فسخ البيع ، وقيل : البيع مفسوخ . وقال ابن العطار : والذى به القضاء أن البيع لا يجوز إلا برضا أحدهما بتسليم الجميع للآخذ وهو الراجح كما فى الحاشية .

قوله : [وهل يجوز للبائع اشتراطه] إلخ : الجواز مبنى على أن المستثنى مبقى وهو قول اللخمى والمشهور امتناع اشتراط البائع غير المؤبر لنفسه ، وما قاله اللخمى ضعيف .

● تنبيه : لكل من البائع والمشترى — إذا كان الأصل لأحدهما والثمر للآخر أو مشتركاً بينهما — السقى إلى الوقت الذى جرت به العادة بجز الثمرة فيه ما لم يضر بالآخر فإن ضر سقى أحدهما بالآخر منع من السقى ويغتفر ارتكاب أخف الضررين .

قوله : [بخلاف سرير] إلخ : مثل ذلك الحانوت التى بجوارها حيث لم تكن تتناولها حدودها ولو وقع العقد على دار وفيها ما لا يتناوله العقد عليها كحيوان أو أزيار غير مبنية وكان لا يمكن إخراجه من بابها إلا بهدم ، فقال ابن عبد الحكم : لا يقضى على المشترى بهدم ويكسر البائع أزياره ويذبح حيوانه ، وظاهره كان المشترى عالماً بذلك حين الشراء أم لا. وقال أبو عمر : إن الاستحسان هدمه ويبنيه البائع إذا كان لا يبقى به بعد البناء عيب ينقص الدار ، وإلا قيل للمبتاع : أعطه قيمة متاعه . فإن أبى قيل للبائع : اهدم وابن وأعط قيمة العيب ، فإن أبى نظر الحاكم. والذى اختاره الأجهورى وهو الأوفق بالقواعد أنه إن كان الضرران مختلفين ارتكب أخفهما وإن تساويا فإن اصطلح المتبايعان على شىء فالأمر ظاهر وإن لم يصطلحا فعل الحاكم باجتهاده ما يزيل ذلك ، وعلى هذا اقتصر فى المجموع ؛ ومن ذلك لو دخل قرنا ثور فى غصن شجرة ولم يمكن تخليصهما إلا بقطع الشجرة

(و) تناول (العَبْدُ ثِيَابَ مَهْنَتِهِ) بفتح الميم : أى خدمته ، ولو لم تكن عليه حال البيع بخلاف ثياب زينته إلا لشرط .

(و) لو اشترط البائع عدمها أى عدم دخولها فى بيع العقد (لَغَا اشْتِرَاطُ عَدَمِهَا) ولزم البائع أن يعطيه ما يستره ؛ وهذا قول أشهب عن مالك ورجحه بعضهم ، قال : وبه مضت الفتوى عند الشيوخ — وسمع عيسى بن القاسم أن الرجل إذا اشترط أن يبيع جارية عريانة فله ذلك وصوبه ابن رشد ، قال : وبه مضت الفتيا بالأندلس ، فهما قولان مرجحان .

* (كَشَرْطِ مَا لاَ غَرَضَ فيهِ ولا مَالِيَّةَ) فإنه يلغى ، كما لو شرط أن أن يكون العبد أمياً فوجده كاتباً وكون الأمة نصرانية فوجدها مسلمة ، إلا أن يكون ليزوجها لعبد نصرانى .

(و) كشرط (عَدَمِ عُهْدَةِ الإسْلامِ) : وهى درك المبيع من عيب أو استحقاق ؛ فإذا باع شيئاً على أنه لا يقوم بما ذكره فالشرط لاغ ، وللمشترى الرجوع بحقه منهما . وأما عهدة الثلاث أو السنة فيجوز إسقاطها كما تقدم على الأرجح .

(و) كشرط عدم (المُوَاضَعَةِ) لرائعة أو أمة أقر البائع بوطئها ، فيلغى الشرط والبيع صحيح .

أو كسر القرنين .

قوله : [بخلاف ثياب زينته] : أى فهى كما له لاتدخل إلا بالشرط .

قوله : [فهما قولان مرجحان] : أى ولا يلزم من الوفاء بالشرط على القول الثانى تسليم الجارية عريانة بل على المشترى سترها .

قوله : [إلا أن يكون ليزوجها] إلخ : قد تقدم ذلك .

قوله : [فإذا باع شيئاً] إلخ : أى كما لو قال المشترى للبائع : أشترى منك هذه السلعة على أنها إذا استحقت من يدى أو ظهر بها عيب قديم فلا قيام لى بذلك . أو البائع يقول للمشترى ذلك . وأما لو أسقط ذلك بعد الشراء ففى (ح) عن أبى الحسن : إذا أسقط المشترى حقه من القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب فإنه يلزمه سواء كان مما يجوز فيه البراءة أم لا كذا فى (بن) .

قوله : [فيلغى الشرط والبيع صحيح] : أى ويحكم بالمواضعة لأنها حق الله تعالى .

(و) شرط عدم (الجَائِحَةِ) فى الثمار أو الزرع ، فيلغى ويصح البيع على المعتمد .

(أو) شرط (إنْ لَمْ يَأْتِ بِالثَّمَنِ لِكَذَا) نحو لآخر الشهر أو لعشرة أيام (فلا بَيْعَ) بيننا ، فيلغى الشرط ويصح البيع وغرم الثمن الذى اشترى به — قاله فى المدونة .

فهذه الأشياء يصح فيها البيع بعد الوقوع ويبطل فيها الشرط .

* قال ابن رشد : الشروط المشترطة فى البيوع على مذهب مالك رحمه الله تعالى أربعة أقسام :

قسم يفسد البيع من أصله ، وهو : ما أدى إلى خلل فى شرط من الشروط

قوله : [وشرط عدم الجائحة] قال الأجهورى وظاهره : ولو اشترط هذا الشرط فيما عادته أن يجاح ، وفى أبى الحسن : أنه يفسد فيه العقد لزيادة الغرر . وفى حاشية شيخنا الأمير على (عب) : أن ابن رشد اقتصر فى البيان والمقدمات على صحة البيع وبطلان الشرط لكن علل فيهما بقوله : لندرة الجائحة ، فمقتضاه أن المبيع إذا كان من عادته أن يجاح فلا يكون الحكم كذلك ، ولذلك قال أبو الحسن بالفساد فى تلك الحالة (اهـ) . وقد مشى فى المجموع على هذا المنوال حيث قال : وفسد العقد بإسقاط جائحة ما يجاح على الظاهر وفاقاً لأبى الحسن وإلا يكن يجاح عادة لغلة الشرط (اهـ) .

قوله : [أو شرط إن لم يأت بالثمن لكذا] إلخ : صورتها كما قال بعضهم : أن يقول البائع : بعتك بكذا الوقت كذا ، أو على أن تأتينى بالثمن فى وقت كذا ، فإن لم تأت به فى ذلك الوقت فلا بيع بيننا مستمر . قال فى التوضيح : ذكر ابن لبابة عن مالك فى هذه المسألة ثلاثة أقوال : صحة البيع وبطلان الشرط ، وصحتهما ، وفسخ البيع ، والذى اقتصر عليه فى المدونة الأول ، ونصها آخر البيوع الفاسدة : ومن اشترى سلعة على أنه إن لم ينقد ثمنها إلى ثلاثة أيام وفى موضع آخر إلى عشرة أيام فلا بيع بينهما فلا يعجبنى أن يعقد على هذا فإن نزل ذلك جاز البيع وبطل الشرط وغرم الثمن (اهـ) .

قوله : [وهو ما أدى إلى خلل فى شرط] : أى كشرط عدم الطهارة أو كونه مجهولا .

المشترطة فى صحة البيع .

وقسم يفسد البيع ما دام المشترط متمسكاً بشرطه : كشرط بيع وسلف .

وقسم يجوز فيه البيع والشرط إذا كان الشرط جائزاً لا يؤدى لفساد ولا حرام .

وقسم يمضى فيه البيع ويبطل الشرط ، وهو ما كان الشرط فيه حراماً إلا أنه خفيف لم يقع عليه حصة من الثمن (اه) .

● ولما قدم أنه يدخل البذر فى بيع الأرض دون الزرع ، ويدخل الثمر غير المؤبر دون المؤبر فى بيع الشجر ، شرع فى الكلام على بيعهما منفردين، فقال :

● (وَصَحَّ بَيْعُ ثَمَرٍ) بفتح المثلثة والميم من بلح ورمان وتين وعنب وإجاص وخوخ ونارنج وغير ذلك (وَزَرْعٍ) كقمح وشعير وفول وكتان وجزر وخس وفجل وغيرها (إن بَدَا صَلَاحُهُ) فبدو الصلاح شرط فى صحة البيع إذا بيع منفرداً عن أصله (أو مَعَ أَصْلِهِ) من شجر أو أرض وإن لم يبد صلاحه ، لأنه صار تابعاً للأصل فى البيع إذا وقع العقد عليهما معاً (أو أُلْحِقَ) الثمر أو الزرع (به) :

قوله : [كشرط بيع وسلف] : أى وشرط ألا يبيعها أو لايطأها من كل شرط ينافى المقصود من البيع .

قوله : [وقسم يمضى فيه البيع] إلخ : كالمسائل المتقدمة فى قوله كشرط ما لا غرض فيه .

قوله : [وصح بيع ثمر] : حاصل ما ذكره المصنف أن الثمار والحبوب والبقول لايصح بيعها إلا إذا بدا صلاحها أو بيعت مع أصلها أو ألحقت بأصلها أو بيعت على الجذ بقرب إن نفع واحتيج له ولم يكثر ذلك بين الناس . فإن تخلف شرط من هذه الثلاثة منع بيعه على الجذ كما يمنع على التبقية أو الإطلاق .

قوله : [إن بدا صلاحه] : بلا همز لأنه من البدو بمعنى الظهور لا من البدء وإنما عبر المصنف بالصحة ليعلم بالصراحة عدم الصحة فى المفهوم ولو عبر بالجواز لم يستفد ذلك منه صراحة .

قوله : [أومع أصله] : معطوف على الشرط والمعنى أنه يكفى فى بيع الثمر والزرع أحد أمور إما بدو الصلاح أو بيعه مع أصله أو إلحاق الثمر أو الزرع بأصله أو على القطع بشروطه الآتية فواحد من هذه الأربعة كاف .

قوله : [أو ألحق الثمر أو الزرع به] : أى وأما عكس ذلك كما إذا بيع

أى بالأصل بأن يشترى الشجر والأرض ثم بعد ذلك يشترى الثمر أو الزرع ، فيجوز وإن لم يبد صلاحهما (أو) بيعه قبل بدو صلاحه (بشرط قطعه) فى الحال أو فى مدة قريبة لا ينتقل فيها الثمر أو الزرع من طور لآخر ، فيجوز بشرطين أشار لهما بقوله:

• (إنْ نَفَعَ) : أى إن كان ينتفع به لو قطع لأكل أو علف أو دواء لا إن لم ينفع لفقد شرط صحة البيع (واحْتِيجَ له) : لأكله أو غيره ، (لا) يصح بيع ما ذكر قبل بدو صلاحه (على التَّبْقِيَةِ أو) على (الإطْلاقِ) من غير بيان قطع ولا تبقية .

الثمر أو الزرع أولا ثم ألحق أصله به فممنوع لفساد البيع الأول حيث لم يكن بدا صلاحه ولا يلحق بالثانى لتأخره عنه .

قوله : [فيجوز بشرطين] : بقى شرط ثالث: وهو أن لا يتمالئوا عليه أى لم يقع من أهل المحل ذلك بكثرة فإن تمالأ أهل المحل ولو باعتبار العادة منع بيعه قبل بدوّ صلاحه .

قوله : [على التبقية أو على الإطلاق] : أى فلا يصح مطلقاً كان الضمان من البائع أو المشترى، اشتراه بالنقد أو النسيئة. هذا ظاهره وهو المعتمد كما فى الحاشية نقلا عن(ح) . وقيد اللخمى والسيورى والمازرى المنع بكون الضمان من المشترى أو من البائع والحال أنه بالنقد للتردد بين السلفية والثمنية ،فإن كان الضمان من البائع والبيع بالنسيئة جاز. واختار (بن) هذا التقييد ووافقه فى المجموع . وقد ذكر المواق هنا فروعاً عن ابن رشد من سماع عيسى ونصه : إذا اشترى الثمرة على الجذ قبل بدوّ الصلاح ثم اشترى الأصل جاز له بقاؤها بخلاف ما إذا اشتراها على التبقية ثم اشترى الأصل فلابد من فسخ البيع فيها لأن شراءها كان فاسداً فلا يصلحه شراء الأصل، فإن صار إليه الأصل بميراث من بائع الثمرة لم ينفسخ شراؤها ، إذ لا يمكن أن يردها على نفسه فإن ورثه من غير بائع الثمرة وجب الفسخ فيها . ولو اشترى الثمرة قبل الإبان على البقاء ثم اشترى الأصل فلم يفطن لذلك حتى أزهت، فالبيع ماض وعليه قيمة الثمرة لأنه بشراء الأصل كان قابضاً للثمرة وفاتت بما حصل فيها عنده من الزهور. فلو اشترى الثمرة قبل الإبان ثم اشترى الأصل قبل الإبان أيضاً فسخ البيع فيهما ، لأنه

(وبُدُوُّه) : أي الصلاح (في بَعْضٍ) من ذلك النوع ولو نخلة (كَافٍ في) جواز بيع الجميع من (جِنْسِهِ) لا في غير جنسه، فلا يباع رمان ببدو صلاح بلح أو تين (إنْ لَمْ يَكُنْ) ما بدا صلاحه (بَاكُورَةً) فإن كانت باكورة سبق طيبها على غيرها بزمن طويل لم يجز بيع الباقي بطيبها (وَكَفَى فِيهَا) فقط.

(لا) يصح بيع (بَطْنٍ ثَانٍ) من الثمار (بِطِيبِ) بطن (أول) مما له

بمنزلة من اشترى نخلا قبل الإبان على أن تبقى الثمرة للبائع وهو لا يجوز فلو اشترى الأصل بعد الإبانة فسخ البيع في الثمرة فقط (اهـ) نقله محشي الأصل.

● تنبيه: ضمان الثمرة في البيع الفاسد من البائع ما دامت في رؤوس الشجر، فإن جذها المشتري رطباً رد قيمتها وتمراً رده بعينه إن كان باقياً، وإلا رد مثله إن علم وقيمته إن لم يعلم. هذا إذا اشترى الثمرة قبل بدوّ صلاحها على التبقية، وأما لو اشتراها على الإطلاق وجذها فإنه يمضي بالثمن على قاعدة المختلف فيه — كذا في (بن).

قوله : [ولو نخلة] : أي ولو في بعض عراجينها.

قوله : [الجميع من جنسه] : أي في ذلك الحائط وفي مجاوره ولو اختلفت أصنافه. وهذا خاص بالثمار كما يؤخذ من قوله: « ولو نخلة » ومثله في الرسالة، فلا يجوز بيع الزرع ببدو صلاح بعضه بل لا بد من يبس جميع الحب لأن حاجة الناس لأكل الثمار رطبة لأجل التفكه بها أكثر ولأن الغالب تتابع طيب الثمار. وليست الحبوب كذلك، لأنها للقوت لا للتفكه قال في حاشية الأصل : وهذا الكلام يفيد أن نحو المقثأة كالثمار.

قوله : [سبق طيبها على غيرها] : تفسير للباكورة.

قوله : [لا يصح بيع بطن ثان] : حاصله : أن الشجر إذا كان يطعم في السنة بطنين متميزين فلا يجوز بيع البطن الثاني بعد وجوده وقبل صلاحه ببدوّ صلاح البطن الأول، وهذا هو المشهور . وحكى ابن راشد قولاً بالجواز بناء على أن البطن الثاني يتبع الأول في الصلاح. وفي المواق : سمع عيسى بن القاسم: الشجرة تطعم بطنين في السنة بطناً بعد بطن فلا يباع البطن الثاني مع الأول بل كل بطن وحده.

بطون ؛ كالموز والجميز والنبق فمن باع البطن الأول لبدو صلاحه ثم ظهر البطن الثانى لم يجز بيعه إلا إذا بدا صلاحه أيضًا ، ولا يعتمد فى جواز بيعه بطيب الأول.

* ثم شرع فى بيان بدو الصلاح فى الثمار وغيرها فقال :

* (وهو) : أى بدو الصلاح (الزَّهْوُ) فى البلح باصفراره أو احمراره وما فى حكمها كالبلح الخضراوى (وظُهُورُ الحَلاَوَةِ) فى غيره كالعنب والتين ونحوهما (والتَهَيّؤُ للنضْجِ) : كأن يميل إذا قطع إلى صلاح كالموز ، لأن شأنه ألاّ يطيب إلا بعد جذه وربما دفن فى نحو تبن .

(و) بدو الصلاح (فى ذِى النَّوْرِ) بفتح النون : وهو الزهر كالورد والياسمين ولفظ ذى زائدة (بانفِتَاحِهِ) : أى انفتاح أكمامه وظهور ورقه منها .

(وفى البُقُولِ) كالفجل والكراث والجزر (بِإِطْعَامِها) : أى بلوغها حد الإطعام (وفى البِطِّيخِ) الأصفر أو غيره (بكالاصْفِرَارِ) ، ومثل الاصفرار فى غير الأصفر تهيؤه للنضج بدخول الحلاوة فيه وتلون لبه وفى القثاء والخيار ببلوغهما حد الإطعام .

قوله : [لم يجز بيعه إلا إذا بدا صلاحه] : أى والفرض أن البطون متميز بعضها عن بعض كالنبق والجميز ، وأما ما لا يتميز بطونه فإنه يجوز أن يباع كله ببدوّ صلاح البطن الأول لأن طيب الثانى يلحق طيب الأول عادة كما يأتى فى قوله : « وللمشترى بطون نحو مقثأة وياسمين » .

قوله : [الزهو] : بفتح الزاى وسكون الهاء وبضمها وتشديد الواو .

قوله : [كالبلح الخضراوى] : أى فيكفى ظهور الحلاوة فى البلح الخضراوى لكونه دائماً أخضر .

قوله : [وتلون لبه] : أى بالحمرة والسواد .

قوله : [ومضى بيعه] : يعنى أن الحب إذا بيع قائماً مع سنبله جزافاً بعد إفراكه وقبل يبسه على التبقية أو كان العرف ذلك ، فإن بيعه لايجوز ابتداء وإن وقع مضى بقبضه بحصاده ، وقولنا : قائماً احتراز مما جز كالفول الأخضر والفريك فإن بيعهما جزافاً جائز بلا نزاع لأنه منتفع به .

(وفى الحَبِّ بيُبْسِه) : المراد به غاية الإفراك وبلوغه حدًّا لا يكبر بعده عادة (ومَضَى بَيْعُهُ) : أى الحب فلا يفسخ (إنْ أفْرَكَ) ولم ييبس وإن كان لا يجوز ابتداء (بقَبْضِه) قال فى المدونة : أكرهه ، فإن وقع وفات فلا أرى أن يفسخ (اهـ) . قال عياض : اختلف فى معنى الفوات هنا ؛ فقال أبو محمد إنه القبض وعليه اقتصرت المدونة ، ومثله فى كتاب ابن حبيب ، وذهب غير أبى محمد إلى أن الفوات بالعقد ، وقيل : بيبسه وهذا إذا اشتراه على أن يتركه حتى ييبس أو كان العرف ذلك وإلا فالبيع جائز . والمراد بيعه جزافًا مع سنبله، وأما بيعه مجرداً عن سنبله ، فقبل اليبس لا يجوز ويفسخ مطلقًا وبعد اليبس يجوز إن وقع على الكيل كما تقدم لا جزافًا لعدم رؤيته .

* (وللمُشْتَرِى بُطُونُ نحوِ مَقْثَأَةٍ) بفتح الميم : البطيخ والخيار والقثاء (وياسمين) مما له بطون يعقب بعضها بلا تمييز ثم تنتهى أى يقضى له بذلك وإن لم يشترطها .

(ولا يَجُوزُ) بيعها (لأجَلٍ) كشهر لاختلافها بالقلة والكثرة والصغر والكبر (بخِلافِ ما لا يَنْتَهِى) بطونه كالموز فى بعض الأقطار (فَيَتَعَيَّنُ) فى بيعه (الأجَلُ) أى بيانه وضربه .

وظاهر أن بيع الثمار بعد بدو صلاحها إنما يجوز بغير طعام، وإلا لَزِمَ ربا الفضل والنساء إن كان الثمن من جنسها وربا النساء فقط إن لم يكن من جنسها .

قوله : [ولم ييبس] : أى لم يبلغ غاية الإفراك .

قوله : [وقيل بيبسه] : أى فيفوت به وإن لم يحصده . وبقى قول رابع : وهو أنه لايفوت بالقبض بل بمفوت بعده .

قوله : [وإلا فالبيع جائز] : أى وإلا بأن اشتراه على القطع أو الإطلاق أو كان العرف ذلك وكان لمشتريه حينئذ تركه حتى ييبس، كما فى سماع يحيى ، وكذا فى ابن رشد .

قوله : [ويفسخ مطلقاً] : أى بيع جزافاً أو كيلا على التبقية أو الإطلاق .

قوله : [إن وقع على الكيل] : أى ولم يتأخر تمام حصده ودرسه وذروه

● ولما كانت العرية من الثمار ؛ وجوزوا فيها بيعها بجنسها بالشروط الآتية — ذكرها بعد ذكر بيع الثمرة مبينًا لشروطها — فقال :

* (وجَازَ لمُعْرٍ) : وهو واهب الثمرة (وقَائِمٍ مَقَامَهُ) بإرث أوهبة أو اشتراء للأصول مع ثمرها أو لأحدهما فقط (اشْتِرَاء ثَمَرَةٍ) فاعل جاز (أعْرَاهَا) : أى وهبها المشترى أو من قام المشترى مقامه وهذا نعت أول كأنه . قال : معراة . وقوله (تَيْبَسُ) نعت ثان : أى من شأنها اليبس كبلح وجوز ولوز وعنب وتين وزيتون فى غير مصر . لا كموز وعنب وتين بمصر فإنه لا ييبس فيها إذا ترك . وخوخ وبرقوق لعدم يبسه لو ترك .

* والحاصل : أن من وهب ثمراً من حائطه لإنسان فإنه يجوز له أن يشتريه منه

أكثر من نصف شهر .

قوله : [من الثمار] : أى من مباحث الثمار فالثمار كلى يتعلق به الجوائح والعرية وكيفية البيع .

قوله : [وجوزوا فيها بيعها بجنسها] : أى مع ما فيها من ربا الفضل والنساء ، وذلك لأن شراء الثمرة الرطبة بخرصها يابساً يدفع عند الجذاذ فيه ربا النساء تحقيقاً وربا فضل شكاً لأن الخرص ليس قدر الثمن قطعاً .

قوله : [وجاز لمعر] : قال التتائى : العرية ثمن نخل أو غيره ييبس ويدخر يهبها مالكها ثم يشتريها من الموهوب له بثمر يابس إلى الجذاذ (اه) .

قوله : [وهو واهب الثمرة] : تفسير للمعرى وتسميته بمعر وتسميتها عرية اصطلاح للفقهاء .

قوله : [بإرث] : أى للمعرى وقوله أو هبة أى : بأن وهبها المعرى له .

وقوله : [أو اشتراء للأصول] : أى من المعرى .

قوله : [أو من قام المشترى مقامه] : أى من وارث أو موهوب له أو مشتر فقوله أو من قام معطوف على المشترى .

قوله : [تيبس] : إن قلت : المضارع يدل على الحال أو الاستقبال فهو مجمل ؟ أجيب : بأن عدوله عن صيغة الماضى للمضارع قرينة الاستقبال .

بخرصه للجذاذ بشروط :

أن تكون الثمرة الموهوبة مما ييبس ، ويدخر ،

وأن يكون الشراء (بخَرْصِهَا) أى قدرها لا بأكثر ولا أقل .

(ونَوْعِهَا) : أى صنفها ، فلا يباع تمر بتين ولا تمر صَيْحَانى ببَرْنى.

وأن يكون الخرص (فى الذِّمَّةِ) : أى ذمة المشترى فى واهب أو قائم مقامه .

• (لا) يجوز (على التَّعْجِيلِ) : لأن بيعها على الوجه المذكور رخصة يقتصر فيها على ما ورد ولا فى حائط معين : فهذه أربعة شروط .

• وأشار لأربعة تصريحاً بقوله :

(إنْ لَفَظَ الوَاهِبُ) حين الإعطاء (بالعَرِيَّةِ) ك : أعريتك . لا بالهبة ولا الصدقة ولا المنحة على المشهور .

(وبَدَا صَلاحُها) وإنما نص على هذا الشرط — وإن كان لا يختص — بالعرية — لئلا يتوهم عدم اشتراطه للرخصة .

(و) كان (المشْتَرَى) منها(خمسةَ أوْسُقٍ فدُونَ) لا أكثر إن كان أكثر.

قوله : [بشروط] : أى ثمانية . وبقى شرطان : أحدهما : كون المشترى هو الواهب أو من يقوم مقامه وهذا مفهوم من قوله : وجاز لمعر إلخ .والثانى : كونه مخصصاً بالثمرة وهو مفهوم من قوله : «اشترى ثمرة أعراها تيبس» فالشروط عشرة .

قوله : [ونوعها] : أى وأما شرط اتحاد الصفة فلا . ويجوز بيع جيد بخرصه ردىء وعكسه خلافاً للخمى .

قوله : [فهذه أربعة شروط] : قد يقال هى خمسة ، والخامس قوله : « لا على التعجيل » لأنه معنى قول خليل :« يوفى عند الجذاذ » فتكون الشروط أحد عشر .

قوله : [وكان المشترى منها خمسة أوسق] : أى ما لم يكن أعرى عرايا لواحد أو متعدد فى حوائط أو حائط فمن كل منها خمسة أوسق لكن يشترط أن يكون بعقود متعددة إن كان المعرى له واحداً مع اختلاف زمنها إلا بعقد واحد على الراجح .

(و) كان المشترى (قَصَدَ المعرُوفَ) مع المُعْرِى له لكفايته المؤنة والحراسة (أو) قصد (دَفْعَ الضَّرَرِ) عن نفسه بدخول المعرى له فى حائط وتطلعه على عوراته لا إن قصد تجارة ونحوها ولا إن لم يقصد شيئاً .

• (و) جاز : (لَكَ شراءُ ثَمَرِ أصْلٍ) كائن (لغَيْرِكَ فى حائطكَ بخَرْصِهِ) مع بقية الشروط الممكنة . إذ لفظ العرية وكون المشترى هو المُعْرِى لا يتأتى هنا (لقَصْدِ المَعْرُوفِ) منك مع صاحب الأصل (فقط) ، لا إن قصدت دفع ضرر وأَوْلَى عدم قصد شيء . وهذا فيما إذا اشتراها بخرصها . وأما لو اشتراها بعين أو عرض لجاز مطلقاً بشرط بدو الصلاح وهو من مشمولات ما تقدم من جواز بيع الثمر إن بدا صلاحه .

• (وبَطَلَتْ) العرية (بمَانِعٍ) لمعريها (قَبْلَ حَوْزِهَا بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ) على أصلها ، بأن مات مُعْرِيها أو فلس أو مرض أو جن واتصل مرضه أو جنونه بموته ، لأنها عطية لا تتم إلا بالحوز كسائر العطايا . إلا أن الحوز

قوله : [أو قصد دفع الضرر] : أى فعلة الترخيص فى إحدى علتين على البدل إما دفع الضرر عن المعرى - بالكسر - الحاصل له بدخول المعرى - بالفتح - وخروجه واطلاعه على مالا يجب الاطلاع عليه أو للمعروف والرفق بالمعرى - بالفتح - لكفايته المؤنة والحراسة . ويتفرع على الثانية ثلاث مسائل: جواز اشتراء بعضها كثلثها ونصفها ككل الحائط إذا أعرى جميعه وهو خمسة أوسق فأقل، وجواز الشراء المذكور ولو باع المعرى الأصول للمعرى -بالفتح-، أو لغيره ، كان ذلك قبل شراء العرية أو بعده . وأما على العلة الأولى وهى دفع الضرر فلا يتأتى شيء من ذلك .

قوله : [لايتأتى هنا] : أى والمتأتى هنا تسعة : بدوّ الصلاح ، وكونه بالخرص ، ومن نوعها ، وعدم اشتراط تعجيل ذلك الخرص ، وأن يكون فى الذمة، وأن يكون الثمر المشترى خمسة أوسق فأقل ، وأن يكون الشراء بقصد المعروف فقط ، وكونها فى الثمار ، وكونها مما ييبس . واعتبار هذه الشرط كلها إذا وقع البيع بخرصها كما هو الموضوع . وأما إذا وقع بعين أو عرض فإنما يشترط بدوّ الصلاح كما أفاده الشارح .

هنا لا يفيد إلا بظهور الثمر على الشجر على الأرجح ، فلا يكفى الحوز لأصولها قبل ظهور ثمرها . فإن حصل للواهب مانع بعد حوز أصلها وقبل بروز الثمر بطلت ، وقيل : يكفى ويجرى مثل هذا فى هبة الثمرة وصدقتها وتحبيسها .

• (وزكَاتُها) : أى العرية (وسَقْيُها) ثابتان (على المُعْرِى) بالكسر أى معريها . وأما غير السقى من تقليم وتنقية وحراسة فعلى المعرَى له .

(و) لو نقصت العرية عن النصاب (كمُلَتْ) من ثمار معريها وزكاها وأما الهبة والصدقة فزكاتهما على الموهوب له والمتصدق عليه إن حصلا قبل الطيب لا بعده فعلى الواهب .

• ثم شرع فى بيان حكم الجوائح فقال :

• (وتُوضَعُ جَائِحَةُ الثِّمَارِ) عن المشترى (ولو) كان شأنها لا تيبس أو بطوناً لا تنتهى أو تنتهى (كمَوْزٍ ومَقَاثٍ) يشمل البطيخ والخيار والقثاء والقرع والباذنجان . فليس المراد بالثمار خصوص ما ييبس ويدخر كما هو المتعارف .

(وإنْ بِيعَتْ على الجَذِّ) فأجيحت قبل تمامه فى المدة التى تجذ فيها

قوله : [وزكاتها] : إلخ إنما كانت زكاتها وسقيها على المعرى لأن المعروف فى العرية أشد منه فى بقية العطايا .

قوله : [ثابتان على المعرى] : أى وإن لم يشترها ولو حصلت العرية قبل الطيب بخلاف الهبة والصدقة كما يأتى .

قوله : [وتوضع جائحة الثمار] : الجائحة مأخوذة من الجوح : وهو الهلاك ، واصطلاحاً : ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدراً من ثمر أو نبات بعد بيعه ؛ كذا عرفها ابن عرفة .

وقوله : [من معجوز] : بيان « لما » .

وقوله : [قدراً] : مفعول لأتلف . وأطلق فى القدر لأجل أن يعم الثمار وغيرها لأن الثمار وإن اشترط فيها كون التالف ثلثاً ، لكن البقول لا يشترط فيها ذلك وإنما وضعت جائحة الثمار عن المشترى لما بقى على البائع فى الثمرة من حق التوفية .

قوله : [وإن بيعت على الجذ] : أى هذا إذا بيعت على التبقية لأجل أن ينتهى طيبها بل وإن بيعت على الجذ أى القطع وعدم التأخير لانتهاء طيبها .

عادة أو بعدها إن حصل مانع منه (أو) كانت الثمرة (مِنْ عَرِيَّتِهِ) فاشتراها معريها بخرصها فأجيحت فتوضع .

(أو) كانت الثمرة (مَهْراً) لزوجة فأجيحت .

* ومحل وضعها عن المشترى : (إنْ أصَابت) الجائحة (الثُّلُثَ) فأكثر من الثمر لا أقل (وأُفْرِدَت) الثمرة (بالشِّرَاءِ) دون أصلها (أو أُلْحِق أصْلُهَا) فى الشراء (بها) : أى بشراء الثمرة (لا عَكْسُهُ) ، وهو شراء أصلها أولا ثم ألحقت به (أو مَعَهُ) : بأن اشتراهما معاً فى عقد ، فلا جائحة فيهما ومصيبته من المشترى (أو اعتُبِرَ قِيمَةُ ما أصيبَ مِنْ بُطُونٍ ونحوِها إلى ما بَقِيَ فى زَمَنِهِ) : يعنى إذا أجيح ، بطن مما يطعم بطوناً كالمقاثئ — وقد جُنى بطنين مثلا — أو اشترى بطناً واحدة مما لا يحبس أوله على آخره كالعنب ، أو اشترى أصنافاً كبرنى وصيحانى أو غير ذلك مما تختلف أسواقه فى أول مجناه ووسطه وآخره . فإن بلغ ذلك ثلث المكيلة أو الوزن ، وضع عنه كما تقدم، ثم يعتبر قيمة ما أصيب بالجائحة من البطون أو ما فى حكمها كما ذكرنا ، وينسب إلى قيمة

قوله : [أو من عريته] : أى خلافاً لأشهب القائل بأنها لا توضع جائحتها ؛ لأن العرية مبنية على المعروف ومحل الخلاف إذا أعراه ثمر نخلات ثم اشترى عريته بخرصها . أما لو اشتراها بعين أو عرض فإن الجائحة تحط عن المشترى وهو المعرى — بالكسر — اتفاقاً وإن أعراه أوسقاً من حائطه ثم اشتراها منه ثم أجيح ثمر الحائط فلم يبق إلا مقدار تلك الأوسق فلا قيام للمعرى بالجائحة ولا تحط عنه اتفاقاً ؛ فالمسألة ذات صور ثلاث قد علمتها .

قوله : [أو كانت الثمرة مهراً لزوجة] : نص ابن عرفة : وفى لغوها فى النكاح لبنائه على المعروف وثبوتها لأنها عوض قولا العتبى عن ابن القاسم وغير واحد عن ابن الماجشون . وصوبه ابن يونس واللخمى . ومحل الخلاف إذا كان المهر ثمراً . وأما لو كان المهر غير ثمر ثم عوضت فيه ثمراً ففيه الجائحة اتفاقاً .

● تنبيه : لا جائحة فى الثمرة المدفوعة خلعاً ولو على القول بثبوتها فى المهر وذلك لضعف الخلع عن الصداق بجواز الغرر فيه دون الصداق .

قوله : [الثلث فأكثر] : أى ولو من كصيحانى وبرنى ؛ فلا فرق بين كون

ما بقي سليماً فى زمنه. وعبارة المدونة ؛ فإن كان المجاح مما لم يجح قدر ثلث النبات وضع قدره وقيل له : « قيمة المجاح فى زمنه » . قال الأشياخ : معناه أن يصبر إلى انتهاء البطون ، ثم يقال : كم يساوى كل بطن زمن الجائحة على أن يقبض فى أوقاته ؟ فإذا قيل : قيمة المجاح يوم الجائحة عشرة وقيمة السليم يوم الجائحة على أن يقبض فى وقته عشرة ؛ حط عنه نصف الثمن . وإذا قيل : قيمة السليم على الوجه المذكور عشرون حط عنه الثلث . وإذا قيل خمسة ؛ حط عنه الثلثان من الثمن ولذا قال :

(ولا يَسْتَعْجِلُ) بالتقويم يوم الجائحة بل يصبر إلى انتهاء البطون ليتحقق المقدار الذى يقوم ثم يعتبر التقويم يوم الجائحة بأن يقال: ما قيمته يوم الجائحة على أن يقبض فى وقته ؟ فعلم أنه ليس المراد أنه يقوم كل فى زمنه قال أبو الحسن : لم يتأولها أحد عليه وإن كان هو الظاهر منها ، وإنما اختلفوا : هل يراعى يوم البيع أو يوم الجائحة ، وأن وضع الجائحة إنما يكون إذا أصاب الثلث فأكثر . وأما الرجوع لقيمة المصاب فيثبت بعد إجاحة الثلث قلَّتْ أو كثُرَتْ .

المبيع صنفاً واحداً أو صنفى نوع بيعا معاً فأجيح واحد منهما ، فإنها توضع إن بلغت ثلث مكيلة الجميع كما رواه ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك خلافاً لأشهب القائل باعتبار ثلث القيمة إن تعدد الصنف .

والحاصل : أنه لا خلاف فى اعتبار كون ما أتلفته الجائحة من أحد الصنفين ثلث المبيع ، لكن هل المعتبر ثلث قيمته أو ثلث مكيلته ؟ خلاف وموضوعه فى صورتين : ما إذا كان المبيع نوعاً لايحبس أوله على آخره كالمقاثئ ، أو كان صنفى نوع وأما لو كان المبيع نوعا واحداً يحبس أوله على آخره فهذا لاخلاف فى اعتبار ثلث مكيلته — كذا فى (بن) .

قوله : [وإنما اختلفوا] إلخ : حاصله أن الأقوال أربعة؛ قيل: يعتبر قيمة كل فى وقته ولايستعجل بالتقويم . وقيل : يعتبر قيمة كل يوم البيع على تقدير وجود البطون السالمة فيه ، فإن أجيحت بطن مثلا قيل : ما قيمتها يوم البيع ، وما قيمة السالم لوكان موجوداً يوم البيع ؟ فيقال : كذا . وقيل : يعتبر قيمة كل يوم الجائحة وعلى هذا القول فقيل : يستعجل بالتقويم بحيث يقال : يوم الجائحة

* (وإنْ تَعَيَّبَتْ) الثمرة – كأن أصابها غبار أو عفن من غير ذهاب عينها – (فثُلُثُ القيمةِ) هو المعتبر فى وضع الجائحة ، لا ثلث المكيلة . فإن نقصت بالعيب ثلث قيمتها فأكثر وضع عن المشترى وإلا فلا .

* (وهى) : أى الجائحة (ما) : أى كل شىء (لا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ) عادة (مِنْ) أمر (سَمَاوِىٍّ) كبرد وثلج وغبار وسموم – أى ريح حار – وجراد وفأر ونار ونحو ذلك (أو جَيْشٍ ، وفى السَّارِقِ خِلافٌ) قيل : ليس بجائحة لأنه يستطاع دفعه بالحراسة منه ، وهو قول ابن القاسم ، فى الموازية وعليه الأكثر . وقيل : من الجائحة ، وهو قوله فى المدونة وصوَّبَه ابن يونس واستظهر ابن رشد . ومحل الخلاف إذا لم تعلم عينه وإلا اتبعه المشترى .

* وما تقدم من أن محل وضع الجائحة إذا بلغت الثلث فأكثر إنما هو فيما إذا أجيحت بغير العطش . وأما بالعطش فيوضع مطلقًا وقد نبه عليه بقوله :

* (وتُوضَعُ) الجائحة الحاصلة (من العَطَشِ) مطلقًا (وإنْ قَلَّ)

ما قيمة المجاح فى ذلك الوقت ؟ فيقال : كذا . وما قيمة السالم لو كان موجوداً فيه ؟ فيقال : كذا . وقيل : يستعجل بتقويم السالم على الظن والتخمين بل بعد انتهاء البطون ينظركم تساوى كل بطن زمن الجائحة على أنها تقبض بعد شهر مثلا . وهذا القول هو المعتمد . وفى (بن) عن أبى الحسن أن الأول لم يقل به أحد من أهل المذهب وإنما اختلفوا : هل يراعى فى التقويم يوم البيع أو يوم الجائحة ؟ وعلى الثانى فقيل : يستعجل بتقويم السالم على الظن والتخمين وقيل لا يستعجل بتقويمه وهو الأصح .

قوله : [لا ثلث المكيلة] : إنما لم يعتبر ثلث المكيلة لأن عينها موجودة لم تذهب ولم يحصل فيها نقص من جهة الكيل، قال فى التوضيح : فإن لم تهلك الثمار بل تعيبت فقط بكغبار يصيبها أو ريح يسقطها قبل طيبها فينقص ثمنها . ففى البيان : أن ذلك جائحة ينظر لما نقص هل ثلث القيمة أم لا ، وقال ابن شعبان : ليس ذلك جائحة وإنما هو عيب والمبتاع بالخيار بين أن يتمسك أو يرد (اهـ – بن) .

قوله : [من العطش مطلقاً] : محل ذلك ما لم يكن العطش من تفريط المشترى وإلا فلا توضع عنه .

المجاح ما لم يكن تافهاً لا بال له، وشبَّهَ فى قوله: وإن قل قوله (كالبُقُولِ) بضم الباء الموحدة: كالخس والكزبرة والهندبا والكراث، ومنه مغيب الأصل: كالجزر والبصل، قال فى المدونة: وأما جائحة البقول السلق والبصل والجزر والفجل والكراث وغيرها فيوضع قليل ما أجيح منه وكثيره (اهـ) وسواء أجيحت بعطش أو غيره (والزَّعْفَرَانِ والرَّيحَانِ والقُرْطِ) بضم القاف حشيش يشبه البرسيم فى الخلقة (والقَضْبِ) بفتح القاف وسكون الضاد المعجمه: ما يرعى من الحشيش (وَوَرَقِ التوتِ) يشترى لعلف دود الحرير (والفِجْلِ ونحوها): أى المذكورات كاللفت والقلقاس والثوم.

(و) إذا وضع من هذه الأشياء ما قل وما كثر، لَزِمَ المُشْتَرِى البَاقِى): أى ما بقى بعد الجائحة (وإن قَلّ) وليس له فسخُ البيع وحله عن نفسه، بخلاف الاستحقاق فإنه يخير فى المثلى وإن قل كما هو الموضوع. والفرق كثرة تكرر الجوائح، فكأن المشترى داخل على ذلك بخلاف الاستحقاق. وتقدم أن المقاثئ والموز والورد والياسمين ونحوها كالعصفر والفول الأخضر والجلبان ملحقة بالثمار يراعى فيها الثلث فأكثر ويلزم المشترى الباقى. وذهب بعضهم إلى أن مغيب الأصل كالثمر يراعى فيه الثلث.

قوله: [وسواء أجيحت بعطش أو غيره]: أى فليس البقول كالثمار وذلك لأن البقول لما كانت تجذ أولا فأول لم ينضبط قدر ما يذهب منها.

قوله: [وتقدم أن المقاثئ] إلخ: الحاصل أن المقاثئ أو الباذنجان والقرع والفجل والجزر والموز والياسمين والعصفر والفول الأخضر والجلبان حكمها حكم الثمار يراعى فيها ذهاب الثلث. وروى محمد عن أشهب: أن المقاثئ كالبقول، يوضع قليلها وكثيرها. والأول أشهر وبه القضاء.

قوله: [وذهب بعضهم إلى أن مغيب الأصل] إلخ: المراد به المتيطى. والحاصل. أن الثمار لابد فى وضع جائحتها من ذهاب الثلث اتفاقاً، والبقول توضع جائحتها وإن قلت اتفاقاً، والمقاثئ مذهب المدونة إلحاقها بالثمار وإلحاق مغيب الأصل بالبقول وألحقه المتيطى بالثمار وألحق أشهب المقاثئ بالبقول.

* (وإن انتَهَى طِيبُها) : أى الثمار وما ألحق بها بأن بلغت الحد الذى اشترِيت له فتوانى المشترى فى جذها حتى أجيحت (فلا جَائِحَةَ) لفوات محل الرخصة ، وأما لو أجيحت أيام جذها على العادة فإنها توضع (كالقصَبِ الحُلْوِ) فإنه لا جائحة فيه على مذهب المدونة ؛ وقال ابن القاسم : توضع فيه ؛ ابن يونس وهو القياس (وَيَابِسِ الحبِّ) من قمح أو غيره إذا بيع بيعاً صحيحاً ، وذلك بعد يبسه أو قبله على القطع ؛ لكن أبقاه المشترى ليبسه فأجيح ؛ فلا جائحة فيه ؛ وأما لو اشتراه قبله على التبقية أو الإطلاق ففاسد ضمانه من بائعه بجائحة أوغيرها بخلاف ما لو اشتراه على القطع فأجيح أيام قطعه المعتاد ففيه الجائحة .

* (وإن اختَلَفَا) : أى البائع والمشترى (فيها) : أى فى الجائحة ؛ أى فى حصولها (فقولُ البائِعِ) : أى فالقول له إنها لم تجح فعلى المشترى الإثبات وإن توافقا عليها .

(و) اختلفا (فى قَدْرِ المجاحِ) : هل هو الثلث أو أكثرَ أو أقل (فالمُشْتَرِى) القول له . والله أعلم .

قوله : [وإن انتهى طيبها] : لما ذكر أن شرط وضع الجائحة أن تصيب الثمرة قبل انتهاء طيبها ذكر مفهوم ذلك بقوله : « وإن انتهى طيبها » . إلخ وحاصله أن الثمرة المبيعة إذا أصابتها الجائحة بعد تناهى طيبها فإنها لا توضع وسواء بيعت بعد بدو الصلاح وتناهى طيبها عند المشترى أو بعد تناهى طيبها على الجذ فأخر جذها لغير عذر فأجيحت والمراد بانتهاء طيبها بلوغها الحد الذى اشتريت له من تمر أورطب أو زهو :

قوله : [بخلاف ما لو اشتراه على القطع] : أى بالشروط الثلاثة المتقدمة .

قوله : [فقول البائع] : أى لأن الأصل عدمها .

قوله : [فالمشترى القول له] : أى لأنه غارم وهو مصدق فيما غرمه .

● تنبيه : يخير العامل فى المساقاة إذا أصابت الجائحة الثمرة وأجيح الثلث فأكثر ولم يبلغ الثلثين وكان المجاح شائعاً بين سقى الجميع أو تركه بأن يحل العقد عن نفسه ولاشىء له فيما تقدم ؛ فإن كان معيناً فى جهة لزمه سقى ماعدا المجاح . وأما إن

. . . .

بلغ المجاح الثلثين فأكثر خيّر مطلقاً كان شائعاً أو معيناً ، وأما لو أجيح دون الثلث لزمه سقي الجميع مطلقاً . ومن باع ثمرة واستثنى كيلا معلوماً وأجيحت تلك الثمرة فإنه يوضع عن المشترى من ذلك المكيل المستثنى بقدر المجاح من الثمرة بناء على أن المستثنى مشترى ، فلو باع ثمرة ثلاثين إردباً بخمسة عشر واستثنى عشرة أرادب فأجيح ثلث الثلاثين وضع عن المشترى ثلث الثمن وثلث القدر المستثنى .

فصل فى اختلاف المتبايعين فى الثمن أو المثمن

● (إن اختَلَفَ الْمُتَبَايِعَان فى جِنْسِ ثَمَنٍ) كأنقال البائع : بعته لك بدينار ، وقال المشترى: بل بثوب (أو) فى جنس (مُثْمَنٍ) ك : بعتك هذا الحمار بدينار ، فقال : بل العبد بدينار ، وأولى إن اختلفا فيهما معاً ؛ فأو مانعة خلوّ فقط (أو) اختلفا فى (نَوعِهِ) ، أى الثمن أو المثمن كدنانير ودراهم أو قمح وشعير أو ثوب كتان وثوب قطن (حَلَفَا) : أى حلف كل منهما على إثبات دعواه وردّ دعوى صاحبه (وفُسِخَ) البيع (مُطْلَقًا) أشبها أو لم يشبها أو انفرد أحدهما بالشبه كان المبيع قائمًا أو فات لكن إن لم يفت ردها بعينها (ورَدَّ قِيمَتَهَا فى الفوات) . وتعتبر القيمة

فصل :

لما جرى ذكر البائع والمشترى فى هذا الفصل وما قبله من أول البيوع إلى هنا كأنّ قائلا قال له : فما الحكم إذا اختلفا فى جنس الثمن أو نوعه أو قدره أو غير ذلك ؟ فعقد لذلك فصلا .

قوله : [إن اختلف المتبايعان] : أى لذات أو منفعة .

قوله : [بعته لك بدينار] : ومثله أكريته .

قوله : [كبعتك هذا الحمار بدينار] : ومثله أكريته لك بدينار .

قوله : [فأومانعة خلوّ فقط] : أى فتجوّز الجمع فيصدق موضوع الكلام بثلاث صور اختلاف ؛ فى جنس الثمن فقط ، أو المثمن فقط ، أو هما . وإن قلت : كان البيع ذاتًا أو منفعة كانت الصور ستًّا ومثلها فى اختلاف النوع .

قوله : [وفسخ البيع مطلقًا] : دخل تحت الإطلاق ثمان صور تضرب فى الاثنى عشرة المتقدمة وهى : أشبها أو لم يشبها ، أشبه البائع دون المشترى، وعكسه، كان المبيع قائمًا أو فائتًا . فجملة الصور ست وتسعون ؛ تأمل !

قوله : [ورد قيمتها فى الفوات] : أى ولو كان الفوات بحوالة سوق وتقاصا

(يَوم البَيْعِ) لا يوم الحكم ولا يوم الفوات ، وهذا إذا كان مقوماً فإن كان مثلياً ردّ مثله .

* (و) إن اختلفا (فى قَدْرِهِ) : أى قدر الثمن كعشرة ، وقال المشترى : بل بتسعة (أو قَدْرِ المثمنِ) كثوب بكذا ، وقال : المشترى : بل ثوبين به (أو) اختلفا فى (قَدْرِ الأجَلِ) بعد اتفاقهما عليه وسيأتى ما إذا اختلفا فى انتهائه أو فى أصله (أو) فى (الرَّهْنِ) بأن قال البائع : برهن ، وقال المشترى ، بل بلا رهن (أو) فى (الحَميلِ) بأن قال البائع : بحميل ، وخالفه المشترى (فَفِى القِيَامِ) : أى قيام السلعة فى هذه الخمس مسائل (حَلَفَا وفُسِخَ) البيع ،

إذا ساوت القيمة الثمن وأما لو زاد أحدهما رجع صاحب الزيادة بها على صاحبه .

● تنبيه : من الاختلاف فى جنس الثمن — كما قال المازرى — ما لو انعقد السلم أو بيع النقد على خيل فقال أحدهما : على ذكران ، وقال الآخر : على إناث ، لتباين الأغراض ؛ لأن الإناث تراد للنسل . بخلاف ما لو كان الاختلاف فى ذكران البغال وإناثها فإن هذا من الاختلاف فى صفة الثمن لأن البغال لاتراد للنسل . وإذا اختلفا فيها فالقول قول البائع بيمين إذا انتقد، وإلا فالقول للمشترى بيمين. ومثل الاختلاف فى الجنس والنوع فى التخالف والفسخ مطلقاً : الاختلاف فى صفة العقد ؛ كمن باع حائطه وقال : اشترطت نخلات أختارها بغير عينها ، وقال المبتاع : ما اشترطت إلا هذه النخلات بعينها . وترك المصنف الكلام على اختلافهما فى أصل العقد لوضوحه وهو أن القول لمنكره بيمين سواء كان هو البائع أو المشترى . ومن هنا مسألة التنازع ؛ هل هى أمانة أو بيع أو سلف ؟ القول لمنكر البيع لأن الأصل عدم انتقال الملك .

قوله : [يوم البيع] : أى لأنه أول زمن تسلط المشترى على المبيع وهذا قول أبى محمد. وقال ابن شبلون : تعتبر القيمة يوم ضمان المشترى .

قوله : [بأن قال البائع برهن] : إلخ مثل ذلك الاختلاف فى قدره أو جنسه كما فى الا« مج » .

قوله : [فى هذه الخمس مسائل] . أى التى هى الاختلاف فى قدر الثمن وقدر المثمن وقدر الأجل والرهن بحكم الحميل .

والفسخ يكون (بِحُكْمٍ) من حاكم (أو تَرَاضٍ) منهما عليه. فإن لم يحكم به حاكم ولم يحصل منهما تراض به جاز لأحدهما الرضا بما ادعاه الآخر وتمّ البيع به (ظَاهِراً) عند الناس (وَبَاطِنًا) عند الله، معمولان لـ: «بفسخ»، وينبني على ذلك: أنه يجوز لمن ردت له السلعة بالفسخ التصرف فيها بجميع أنواعه ولو بالوطء في الأمة هذا هو المشهور والصحيح، وقيل: ظاهراً فقط.

* (كَنُكُولِهِمَا) فإنه يفسخ ظاهراً وباطنًا إن حكم به أو تراضيا عليه (وقُضِيَ للحَالِفِ) منهما على الناكل (وبَدَأَ البَائِعُ) بالحلف على الأرجح، فالقول له بيمينه. فإن نكل حلف المشترى وقضى بدعواه ولا يراعى الشبه ولا عدمه عند القيام.

* (وإنْ فَاتَتْ) السلعة بحوالة السوق، فأعلى، وقيل، قبضُها فوت (فالقَوْلُ للمُشْتَرِى بيَمِينٍ) هذا (إنْ أشْبَهَ) أشبه البائع أم لا، فإن حلف قضى له به وإلا حلف البائع كما يحلف ابتداء إن انفرد بالشبه، فإن

قوله: [والفسخ يكون من حاكم]: أى وتعود السلعة لملك البائع حقيقة ظالماً أو مظلومًا واشتراط الحكم فى الفسخ إذا لم يتراضيا عليه قول ابن القاسم، وقيل: يحصل الفسخ بمجرد التخالف كاللعان ولايتوقف على حكم، وهو قول سحنون وابن عبد الحكم. وتظهر فائدة الخلاف فيما لو رضى أحدهما قبل الحكم بإمضاء العقد بما قال الآخر فعند ابن القاسم له ذلك لاعند مقابله.

قوله: [وبدأ البائع بالحلف]: إنما بدأ البائع باليمين فى هذه الأحوال لأن الأصل استصحاب ملكه والمشترى يدعى إخراجه بغير مارضى به.

قوله: [وإن فاتت السلعة]: أى يبدأ المشترى أو يبدأ البائع على أحد القولين.

قوله: [وإلا حلف البائع] إلخ: حاصل ما ذكره المصنف: أن فى المسائل الخمس المذكورة يتحالفان ويتفاسخان عند قيام السلعة، وأما مع فواتها فإن المشترى يصدق بيمين إن ادعى الأشبه؛ أشبه البائع أم لا، ويلزم البائع ما قال المشترى. فإن انفرد البائع بالشبه كان القول قوله بيمين ويلزم المشترى ما قاله، فإن لم يشبه واحد منهما حلفا وفسخ وردت قيمة السلعة يوم بيعها إن كانت مقوّمة ومثلها إن كانت مثلية ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل.

نكلا معاً فتقدم .

* وشبَّهَ في كون القول قول المشترى – إن أشبه بيمينه من حيث البدء باليمين– قوله :

* (كالتَّجَاهُلِ في الثَّمَنِ) : بأن قال كل منهما : لا أعلم قدر الثمن الذى وقع به البيع . وورثةُ كلٍّ كهو ، ولذا قال :

(وإنْ) كان التجاهل (مِنْ وَارِثٍ) فيبدأ المشترى أو وارثه بيمينه ثم يحلف البائع أو وارثه ، فإن حلف كلٌّ على نفى العلم ردت السلعة إن كانت قائمة (وعَلَيْهِ) أى المشترى (القِيمَةُ فى الفَوَاتِ) ، وكذا إن نكلا معاً أو أحدهما ، إذ كل منهما يدعى الجهل ؛ فالفسخ لا بد منه ؛ فتردّ إن كانت قائمة . فإن ادعى أحدهما العلم والثانى الجهل حلف مدعى العلم وإن لم يشبه إن كانت السلعة قائمة . وإن أشبه إن فاتت ، فإن نكل فسخ بحكم وردت السلعة فى قيامها وقيمتها فى فواتها .

(وَحَلَفَ) الحالف منهما (على نَفْىِ دَعْوَى خَصْمِهِ وتَحْقِيقِ

قوله : [بأن قال كل منهما لا أعلم قدر الثمن] : أى فإذا ادعى كل منهما أنه لايعلم قدر ما وقع به البيع ، فإنه يحلف على أنه لايعلم قدره ويفسخ البيع وتردّ السلعة إن كانت قائمة فإن فاتت ولو بحوالة سوق رد قيمتها إن كانت مقومة ومثلها إن كانت مثلية فعلم أن كلا منهما إنما يحلف على تحقيق دعواه فقط . ولا يتصور حلفه على نفى دعوى خصمه لقول كل منهما : لا أدرى . واعلم أن نكولهما كحلفهما فى الفسخ وكذا نكول أحدهما فيما يظهر ، فإذا حلفا أو نكلا أو أحدهما فسخ البيع وردت السلعة .

قوله : [وإن كان التجاهل من وارث] : أى بأن ادعى وارث كل أنه لا يعلم ما وقع به البيع أو وارث أحدهما .

وحاصل الفقه أن وارث كل إذا ادعى الجهل بالمثمن أو ادعاه أحد المتبايعين ووارث الآخر فإنهما يتحالفان : أى يحلف كل بالله الذى لا إله إلا هو إنه لايعلم القدر الذى وقع به البيع . فإذا حلفا أو نكلا أو حلف أحدهما دون الآخر فسخ البيع وردت السلعة للبائع أو لوارثه إن كانت قائمة ، فإن فاتت لزم المشترى قيمتها يوم البيع إن كانت مقومة أو مثلها إن كانت مثلية .

قوله : [وحلف الحالف منهما] : هذا راجع لغير مسألة التجاهل فإن

دَعْوَاهُ) ، ويقدم النفى بأن يقول البائع : مابعتها بثمانية ، ولقد بعتها بعشرة ، ويحلف المشترى : ما اشتريتها بعشرة ولقد اشتريتها بثمانية . قال بعضهم : أن يقتصر على ما فيه حصر كأن يقول البائع : مابعتها إلا بعشرة ويقول المشترى : ما اشتريتها إلا بثمانية ، أو : إنما بعتها أو إنما اشتريتها إلخ .

* (و) إن اختلفا (فى انتِهَاءِ الأجَلِ) عند اتفاقهما عليه — كأن يدعى البائع أول شعبان أن الأجل شهر أوله رجب وقد انقضى — ويدعى المشترى أن أوله نصف رجب فلم ينقض أو أنه شهران (فالقَوْلُ لمُنْكِرِ الانْتِهَاءِ) وأنه لم ينقض (بيَمِينِهِ إنْ أشْبَهَ) قوله عادة الناس فى الأجل ، أشبه الآخر أم لا .

المتجاهل لاتحقيق عنده فالمناسب تقديمه عليه .

قوله : [ويقدم النفى] إلخ : فلو قدم الإثبات على النفى فلا تعتبر يمينه ولا بد من إعادتها ، كما قال ابن القاسم . واعلم أن قول المصنف : «وتحقيق دعواه مبنى على ضعيف » وهو أن اليمين ليست على نية المحلف ، وإلا فلاحاجة إلى حلفه على تحقيق دعواه ، أفاده البدر القرافى — كذا فى الحاشية .

قوله : [ولقد بعتها بعشرة] : أى لأنه لايلزم من نفى البيع بثمانية البيع بعشرة لجواز أن يكون بتسعة .

قوله : [ولقد اشتريتها بثمانية] : أى لأنه لايلزم من نفى الشراء بعشرة أن يكون بثمانية لجواز أن يكون بتسعة وهذا المثال الذى قاله الشارح للاختلاف فى القدر ويقاس عليه غيره .

قوله : [قال بعضهم : أن يقتصر على مافيه حصر] : لعل أصل العبارة : « وجاز أن يقتصر » إلخ ، وقد صرح بلفظ الجواز فى الأصل فقال : « قال بعض وجاز الحصر » أى فالحصر يقوم مقام النفى أو الإثبات ومثل الحصر لفظ فقط فى القيام مقامهما .

قوله : [فالقول لمنكر الانتهاء] : أى سواء كان بائعاً أو مشترياً مكرياً : أو مكترياً والفرض عدم البينة فإن كان لأحدهما بينة عمل بها فإن كان لكل بينة على دعواه عمل بأسبقهما تاريخاً .

(فإنْ لَمْ يُشْبِهَا) معا (حَلَفَا) على ما تقدم .
(وفُسِخَ) البيع (ورُدَّ فى الفَوَاتِ القِيمَةُ) : وإذا لم تفت ردها ، وفُهِم منه : أنه إن انفرد مدعى بقاء الأجل بالشبه فالقول له بيمين .
* (و) إن اختلفا (فى أصْلِه) : أى الأجل بأن قال البائع : بلا أجل بل بالحلول ، وقال المشترى : بل لأجَل كذا (فالقَوْلُ لِمَنْ وَافَقَ) قوله (العرْفَ) فى بيع السلع ، فمثل اللحم والبقول والأبزار وكثير من الثياب شأنها الحلول ، وفى مثل العقار شأنها التأجيل . ومن ذلك حال البائع والمشترى .
(وإلاّ) يوافق قولهما معًا العرف بأن كان الشأن فى تلك السلعة أن تباع بأجل تارة وبغيره أخرى (تَحَالَفَا وفُسِخَ فى القِيَامِ) للسلعة (وصُدِّقَ المُشْتَرِى بيمِين) فيكون القول له بيمينه (إن فَاتَتْ) .
* (و) إن اختلفا (فى قَبْضِ الثَّمَنِ) بعد تسليم السِّلعة بأن قال المشترى : أقبضتك الثمن وأنكر البائع (أو) اختلفا فى قبض (السلْعَةِ) بأن قال البائع : أقبضتها وأنكر المشترى (فالأصْلُ بقَاؤُهُمَا) وعدم الإقباض ، فالقول لمن ادعى عدمه منهما بيمينه (إلا لِعُرْفٍ) يشهد بخلاف الأصل ، فالقول لمن

قوله : [حلفا على ما تقدم]: أى فيحلف كل على نفى دعوى خصمه مع تحقيق دعواه ويقضى للحالف على الناكل .

قوله : [مدعى بقاء الأجل] إلخ : صوابه انتهاء الأجل تأمل .

قوله : [فالأصل بقاؤهما] : أى سواء كان التنازع بين البائع والمشترى أو ورثة كل ، فإذا ادعى البائع على ورثة المشترى أن ثمن السلعة التى باعها لمورثهم لم يقبضه وادعى الورثة أنه قبضه من مورثهم قبل موته فلا يقبل دعواهم ، لأن الأصل بقاء الثمن عند المشترى ما لم تقم لهم بينة بأن مورثهم أقبض ذلك قبل موته . وهذا إذا اعترفت الورثة بأن مورثهم اشترى تلك السلعة من المدعى . وأما إذا أنكرت الورثة شراء مورثهم من ذلك المدعى فلا تقبل دعوى ذلك المدعى أن له على مورثهم ثمن سلعة إلا ببينة ويمين ، فإن ادعى المدعى على من يظن به العلم من الورثة أنه يعلم بدينه كان له تحليفه فإن حلف وإلا غرمه - كذا فى الحاشية .

قوله : [إلا لعرف يشهد بخلاف الأصل] : أى فإذا جرى العرف بقبض

شهد له العرف ، كالجزار وبائع الأبزار فقد جرت العادة فيهما أنه لا يقطع اللحم ولا يعطى الأبزار إلا بعد قبضه الثمن . فإذا ادعى بعد أن أعطاه اللحم أنه لم يقبض الثمن فالقول للمشترى بأنه أقبضه إياه . ومعلوم أن العرف يختلف باختلاف الناس.

(ومِنْهُ) : أى من العرف الذى يعمل بمقتضاه : (طُولُ الزَّمَنِ) : فإذا مضى زمن يقضى العرف بأن المشترى لا يصبر لمثله فى أخذ السلعة أو أن البائع لا يصبر لمثله فى أخذ الثمن ، فالقول لخصمه فى الإقباض ، والظاهر أنه لا يحد بعامين ولا بأكثر بل يراعى فى ذلك أحوال الناس وأحوال الزمن .

(وإشْهَادُ المشتَرِى ببقاءِ الثَّمَنِ) فى ذمته بأن قال : اشهدوا أن ثمن السلعة التى اشتريتها من فلان فى ذمتى (مُقْتَضٍ) عرفًا (لقَبْضِ المُثْمَنِ) فإذا ادعى بعد ذلك أنه لم يقبضه لم يصدق وكان القول للبائع .

(وله) أى للمشترى (تَحْلِيفُ البَائِعِ إنْ قَرُبَ) الزمن (مِن) يوم (الإشهادِ ، كالعَشَرَةِ) الأيام (لا الشَّهْرِ) فليس له تحليفه بل القول للبائع إنه أقبضه السلعة بلا يمين .

الثمن أو المثمن فالقول لمن وافقه العرف بيمينه لأنه كالشاهد .

قوله : [طول الزمن] : قال فى الأصل ويدخل فى العرف طول الزمن . فى العرض والحيوان والعقار طولا يقضى العرف بأن البائع لا يصبر بالثمن إلى مثله وذلك عامان على قول ابن حبيب، وعشرون على ما لابن القاسم ، والأظهر مراعاة أحوال الناس والزمان والمكان (اهـ) .

قوله : [وإشهاد المشترى ببقاء الثمن] إلخ : يعنى أن المشترى إذا أشهد بأن ثمن السلعة التى اشتراها من فلان باق فى ذمته فإن هذا مقتض لقبضه السلعة ، فإن دعى بعد ذلك أن السلعة المبيعة بذلك الثمن لم يقبضها لم يقبل . وله أن يحلف البائع أنه أقبضها له إن بادر .

قوله : [وكان القول للبائع] : أى بيمين إن قرب كالعشرة لا الشهر كما قال الشارح

قوله : [كالعشرة الأيام لا الشهر] : قال فى الحاشية : وانظر حكم ما بين الجمعة والشهر والظاهر أن ما قارب كلا يعطى حكم كل وأما المتوسط فالظاهر أنه ليس له تحليفه (اهـ) .

(كَإِشْهَادِ البَائِعِ بِقَبْضِهِ) : أى الثمن من المشترى (ثُم ادَّعَى عَدَمَهُ) وأنه لم يقبضه ، وإنما حملنى على الإشهاد بقبضه توثقى به وظنى أنه لم ينكر ، فله تحليف المشترى إن بادر كالعشرة لا أكثر .

(وإنْ ادَّعَى مُشْتَرٍ بعدَ إشْهَادِهِ) على نفسه (بِدَفْعِ الثَّمَنِ) للبائع بأن قال : اشهدوا علىّ بأنى دفعته له والبائع حاضر لتتم الشهادة (أنه) معمول لـ «ادَّعى» : أى ادعى أنه (لَمْ يَقْبِضْ الثَّمن) من البائع ، وادعى البائع إقباضه له ، (فالقَوْلُ لَهُ) : أى للمشترى بيمينه أنه لم يقبضه (فى كالعَشَرَةِ) الأيام فدون .

(و) القول (للبَائِعِ فى) البعد –(كالشَّهْرِ – بِيَمِينٍ فِيهِمَا) : أى فى مسألة القول للمشترى ومسألة القول للبائع . هذا قول ابن القاسم ، وبه قال بعض الأئمة كابن عرفة وغيره ، وتقدم أنه إن أشهد أنه فى ذمته ، فالقول للبائع مطلقاً ، قرب الزمن أو بعد . وللمشترى تحليفه إن بادر ، كالعشرة . ولعل الفرق أن الإشهاد على البائع بأنه دفع له الثمن يشعر بأنه لم يقبض السلعة مخافة أنه لو طلبها منه لطالبه بالثمن ، بخلاف الإشهاد بأنه فى ذمته فإنه يقتضى قبض الثمن كما تقدم ، وقال أصبغ : إن الإشهاد بالثمن دفعاً أو فى الذمة ، مقتضٍ لقبض السلعة ، فالقول للبائع مطلقاً . ويمكن حمل كلام الشيخ عليه لأنه أطلق فى قوله : «وإشهاد المشترى بالثمن» إلخ ولو لم يذكر بعده الدفع .

قوله : [وظنى أنه لم ينكر] : المناسب «لا» بدل «لم» .

قوله : [فله تحليف المشترى] : أى حيث لم يعترف البائع بقبض البعض بعد الإشهاد بقبضه ، فإن اعترف بقبض بعض الثمن لم يحلف له المشترى ولو بادر لترجح قوله باعتراف البائع بقبض البعض بعد الإشهاد – كذا فى الحاشية .

قوله : [فإنه يقتضى قبض الثمن] صوابه : المثمن .

قوله : [وقال أصبغ إن الإشهاد بالثمن] إلخ : المعتمد ما قاله ابن القاسم .

قوله : [لأنه أطلق فى قوله : وإشهاد المشترى بالثمن] : أى والإطلاق صادق بأن قال : اشهدوا أنه فى ذمتى أو أقبضته له .

* (و) إن اختلفا (في البَتِّ) والخيار (فلمُدَّعيه) : أي فالقول لمدعي البتّ ، لأنه الغالب عند الناس (كمُدَّعِي الصحَّةِ) القول قوله، دون مدعي الفساد للبيع (إلا أنْ يَغْلِبَ الفَسَادُ) في شيء — كالصرف والسلم والمساقاة — فإنها لكثرة الشروط فيها يغلب عليها الفساد ، فالقول لمدعيه فيها ما لم تقم بينة على الصحة .

* (والمُسْلَمُ إليه؛ إنْ فَاتَ رأسُ المَالِ) : وفواته — إن كان عينًا —

قوله : [فلمدّعيه] : أي ما لم يجر عرف بخلافه؛ كأن جرى العرف بالخيار فقط ، وإلا فالقول قول مدعي الخيار . وأما إن اتفقا على وقوع البيع على الخيار لكن ادعاه كل منهما لنفسه ، فقيل : يتفاسخان بعد أيمانهما ، وقيل : يتحالفان ويكون البيع بتًّا . والقولان لابن القاسم والظاهر الأول كما في الحاشية . وهذا ما لم يجر العرف بأن الخيار لأحدهما وإلا عمل به .

قوله : [دون مدعي الفساد] : أي بين وجه الفساد أم لا فات المبيع أم لا ، هذا قول بعض القرويين واقتصر عليه (شب) واعتمده بعضهم . وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن : القول قول مدعي الصحة إن كانت السلعة قد فاتت وإلا تحالفا وتفاسخا، وعليه اقتصر (عب) لكن قد علمت أن ظاهر المصنف وخليل الإطلاق وقد أيده في الحاشية .

● تنبيه : هل القول لمدعي الصحة إن لم يغلب الفساد مطلقاً، اختلف الثمن بهما أم لا، أو إنما يكون القول قوله إلا أن يختلف بالصحة والفساد الثمن ؟ كدعوى أحدهما وقوعه على الأم أو الولد وادعى الآخر وقوعه عليهما معاً ، وكدعوى البائع أن المبيع بمائة والمشتري أنه بقيمته ، فكالاختلاف في قدره يتحالفان ويتفاسخان عند قيام السلعة. فإن فاتت صدق المشتري إن أشبه، أشبه البائع أم لا؛ فإن انفرد البائع بالشبه صدق بيمينه وإن لم يشبها حلفا ولزم المبتاع القيمة يوم القبض . وهذا ظاهر حيث كان المشبه مدعي الصحة ، وأما إن كان مدعي الفساد فيظهر أنه لا عبرة بشبهه فيتحالفان ويتفاسخان ويلزم القيمة يوم القبض لأنه بيع فاسد ، ذكره بعضهم — كذا في الأصل :

قوله [والمسلم إليه] إلخ : حاصل فقه المسألة: أنه قد سبق أنهما إذا تنازعا

بالزمن الطويل الذى يظن فيه التصرف بها والانتفاع بها . وإن كان غير عين ولو مثليًّا بتغير سوق . أو ذات (بِيَدِهِ) : أى بعد قبضه من المسلم .

* (كالمشترِى) : فى بيع النقد (يُقْبَلُ قَوْلُهُ إنْ أَشْبَهَ) سواء أشبه المسْلَم أم لا ، فإن لم يشبه وانفرد المسلم بالشبه فالقول له .

(فإنْ لَمْ يُشْبِهَا حَلَفَا) كل واحد على نفى دعوى صاحبه وتحقيق دعواه .

(وفُسِخَ) عقد السلم إذا كان اختلافهما فى قدر رأس المال أو فى الأجل أو الحميل فيردّ ما يجب ردّه من قيمة أو مثل إذ الموضوع فوات رأس المال بيد المسلم إليه .

(إلا) إذا كان اختلافهما (فِى قَدْرِ الْمُسْلَمِ فيهِ فَسَلَمٌ وَسَطٌ) من سلومات الناس فى البلد لتلك السلعة وفى الزمن . فما قَبْلُ الاستثناء : فيما إذا اختلفا فى قدر رأس المال أو جنس المسلم فيه أو فى الحميل أو فى الأجل ، وكلام الشيخ مجمل .

(و) إن اختلفا (فى مَوْضِعِهِ) : أى موضع قبض المسلم فيه (فالقَوْلُ

فى جنس الثمن أو المثمن أو نوعهما تحالفا وتفاسخا فى حالة القيام والفوات، ولا فرق بين النقد والسلم . وأما إذا تنازعا فى قدر الثمن أو المثمن أو قدر الأجل أو فى الرهن أو الحميل، فمع القيام يتحالفان ويتفاسخان لا فرق فى ذلك بين بيع النقد والسلم، وأما مع الفوات فينعكس السلم مع بيع النقد ففى بيع النقد الذى يصدق المشترى بيمين إن أشبه، أشبه البائع أم لا. فإن انفرد البائع بالشبه صدق بيمين، فإن لم يشبه واحد منهما تحالفا وتفاسخا . وفى السلم إذا فات رأس المال عيناً أو غيره الذى يصدق بيمينه البائع وهو المسلم إليه إن أشبه، أشبه المسلم أم لا . وإن انفرد المسلم بالشبه فالقول قوله بيمين. فإن لم يشبها تحالفا وتفاسخا إذا كان التنازع فى غير قدر المسلم فيه ورد للمسلم ما يجب رده من قيمة رأس المال أو مثله وإذا كان التنازع فى قدر المسلم فيه لزم المسلم إليه سلم وسط .

قوله [الذى يظن فيه التصرف] : أى فطول الزمان الذى هو مظنة لما ذكر على العين وهو بيد المسلم إليه منزل منزلة فوات السلعة المقبوضة فى بيع النقد، وقيل إن فوات العين بالغيبة عليها .

لمُدَّعِي مَوْضِعِ العَقْدِ) بيمينه ،(وإلاّ) يدَّع واحد منهما موضع العقد بل غيره (فالبَائِعُ) : أى المسلم إليه القول له بيمينه إن أشبه سواء أشبه الآخر أم لا فإن انفرد المسلم بالشبه فقوله بيمين .

(وإنْ لَمْ يُشْبِه واحد) منهما (حَلَفَا وفُسِخَ) عقد السلم ورد مثل رأس السلم أو قيمته ، وهذا إن فات رأس المال بيده . فإن كان باقياً تحالفا وتفاسخا مطلقاً (كفَسْخِ ما يُقْبَضُ) من المسلم فيه (بكاليَمَنِ) بفتح الياء التحتيحة والميم : اسم للقطر المعلوم ، يعني : إذا أسلمه فى شيء واتفقا على أن يقبضه منه فى اليمن أو فى المغرب أو فى مصر ، وأطلقا — بأن لم يقيداه ببلد معين — فإنه يفسخ لفساده .

(وجَازَ) إن قيدا (بِبَلَدِ كَذَا) من ذلك القطر :كالقاهرة بمصر ، وتونس بالمغرب : وصنعاء باليمن ، ومكة بالحجاز ، ولم يقيدا بمكان من تلك البلد وإذا جاز فلا فسخ .

(وقُضِيَ) الوفاء (بِسُوقِهَا) إن كان لها سوق وتنازعا فى مكان القبض ، (وإلا) يكن لتلك السلعة سوق (فَفِي أيِّ مكان منها) : أى من هذا البلد يقضى المسلم إليه ما عليه .

قوله : [فالقول لمدعى موضع العقد] : أى لأنهما لو سكتا عن ذكر موضع القبض بموضع العقد .

قوله : [فالبائع] : أى لأنه غارم قد ترجح جانبه بالغرم .

قوله : [حلفا] : أى وبدأ البائع وهو المسلم إليه .

قوله : [وجاز إن قيدا ببلد كذا] : أى لعدم الجهل .

قوله : [وقضى الوفاء بسوقها] : حاصل كلام الشارح أنه إذا اشترط المسلم قبض المسلم فيه بمكان معين كمصر كان جائزاً ،فإن حصل تنازع فى محل القبض من هذا البلد قضى بالقبض فى سوق تلك السلعة إن كان لها سوق .

قوله : [يقضى المسلم إليه]: أى ويبرأ من عهدته ويلزم المشترى قبوله فى ذلك المكان إلا لعرف خاص بالقضاء بمحل خاص وإلا عمل به .

ولمّا تقدم ذكر السلم ناسب أن يعقبه ببابه فقال :

قوله : [ولما تقدم ذكر السلم] : أي في قوله والمسلم إليه إن فات رأس المال بيده إلى آخره .

باب

فى بيان السلم وشروطه وما يتعلق به

(السَّلَمُ) : أى حقيقته (بَيْعُ) شىء (مَوْصُوفٍ) : من طعام أو عرض أو حيوان أو غير ذلك مما يوصف ، وخرج المعين فبيعه ليس بسلم (مُؤَجَّلٍ) خرج غير المؤجل وسيأتى بيان الأجل (فى الذِّمَّةِ) : أى ذمة المُسْلَمِ إليه ، خرج بيع موصوف لا فى الذمة كبيع ما فى العدْل على ما فى البرنامج أو غيره وكبيع موصوف بمكان غير مجلس العقد (بِغَيْرِ جِنْسِهِ) متعلق ببيع ، خرج ما إذا دفع

باب :

قال الخرشى : هو والسلف واحد، فى أن كلا منهما إثبات مال فى الذمة مبذول فى الحال؛ ولذا قال القرافى : سمى سلماً لتسليم الثمن دون عوض ، ولذلك سمى سلفاً (اهـ) ويعنى بقوله : دون عوض أى فى الحال فلا ينافى أن عوضه مؤجل.

فقوله : [فى بيان السلم] : أى حقيقته .

وقوله : [وشروطه] : أى السبعة .

وقوله : [وما يتعلق به] : أى من الأحكام المتعلقة بالصحيح والفاسد .

قوله : [بيع شىء موصوف] : شروع فى تعريفه .

قوله : [وخرج المعين] : أى بقوله موصوف .

قوله : [وسيأتى بيان الأجل] : أى فى قوله وأن يؤجل بأجل معلوم كنصف شهر .

قوله : [أى ذمة المسلم إليه] : أى الذى هو البائع ، وأما دافع الثمن فيسمى مسلماً .

قوله : [على ما فى البرنامج] : أى معتمداً فيه على الصفة المكتوبة فى الدفتر .

وقوله : [أو غيره] : أى كالكتابة التى توجد فوق العدل .

قوله : [بمكان غير مجلس العقد] : المراد بيع الغائب على الصفة .

قوله : [بغير جنسه] : أى حقيقة كفرس فى بعير أو حكماً ، كما إذا كان

شيئًا فى جنسه فليس بسلم شرعًا ، وقد يكون قرضًا وسيأتى ذلك كله إن شاء الله تعالى . وخرج بقوله : « موصوف » بيع الأجل ، لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل ولو زاد بعده : « غير منفعة » لكان صريحًا فى إخراج الكراء المضمون .

● ثم إنه يشترط فى صحته شروط سبعة زيادة على شروط البيع المتقدم ذكرها :

● الأول : تعجيل رأس المال على تفصيل فيه وإليه أشار بقوله :

(وشَرْطُهُ : حُلُولُ رَأْسِ المَالِ) فيه ، فلا يصح الدخول فيه على التأجيل (وجَازَ تَأْخِيرُهُ) : بعد العقد (ثلاثًا) من الأيام (ولو) كان التأخير (بشَرْطٍ) عند العقد سواء كان رأس المال عينًا أو عرضًا أو مثليًّا .

(وفَسَدَ بتأخيرِه عنها) : أى عن الثلاثة الأيام بشرط عند العقد بل

الجنس واحداً واختلفت فى المنفعة كفارهِ الحمر فى الأعرابية وسابق الخيل فى الحواشى كما سيأتى .

قوله : [وقد يكون قرضاً] : أى فيجرى على أحكامه فإن لم يدخله ربا النساء جاز .

قوله : [بيع الأجل] : أى بالمعنى الإضافى وهو ما عجل فيه المثمن وأجل فيه الثمن عكس ما هنا .

قوله : [ولو زاد بعده] : أى بعد قوله موصوف .

وقوله : [لكان صريحاً] إلخ : أى فزيادته تصير الكراء المضمون خارجاً صراحة بخلاف عدم زيادته فتصير التعريف مجملا .

قوله : [زيادة على شروط البيع] : أى فتلك الزيادة صيرت السلم أخص من مطلق بيع ، وإنما زيدت فيه تلك الشروط لكونه رخصة فشدد فيه .

قوله : [على تفصيل فيه] : أى بين العين وغيرها .

قوله : [فلا يصح الدخول فيه على التأجيل] : أى فوق ثلاثة أيام بدليل ما بعده .

قوله : [ولو كان التأخير بشرط] : ردّ بـ « لو » قول سحنون وغيره من البغداديين بفساد السلم إذا أخر رأس المال ثلاثة أيام بشرط لظهور قصد الدين مع الشرط ، واختاره عبد الحق وابن الكاتب وابن عبد البر ، ومحل اغتفاره ثلاثة أيام ما لم

(ولَوْ) تأخر (بلا شرطٍ إنْ كان) رأس المال (عَيْنًا) على ما فى المدونة ، والذى رجع إليه ابن القاسم : أنه لا يفسد ولو تأخر لأجل المسلَم فيه حيث تأخر بلا شرط ، وهو قول أشهب وابن حبيب . فإن كان غير عين فلا يفسخ إن كان التأخير بلا شرط فى العقد ولو لأجل المسلم فيه لكن قد يجوز التأخير بلا شرط وقد يكره .

وإلى ذلك أشار بقوله :

* (وجَازَ) تأخير رأس المال (بلا شَرْطٍ إنْ كَانَ لا يُغَابُ علَيْهِ) بأن كان يعرف بعينه (كَحَيَوانٍ) وثوب يعرف بصفته ولونه وجاز (لِتعَيُّنِه) فلا يدخل فى الذمة بالغيبة عليه (ولو) تأخر (لأجَلِ السَلَمِ) على الراجح .

(وكُرِهَ) التأخير لرأس مال السلم (إنْ كَانَ يُغَابُ عليه) بأن كان مما لا يعرف بعينه ، (مِثْلِيًّا) كان — كطعام وصوف وقطن وحديد لأنه مما يوزن — (أو عَرْضًا) — كثياب لا تعرف بعينها . ومحل الكراهة فيما ذكر : (إنْ لم يُحْضَرْ العَرْضُ) مجلس العقد (أو) لم (يُكَلْ الطَّعَامُ) الذى جعل رأس مال فى غير طعام ، فإن أحضر ذلك العرض أو كيل الطعام لربه ثم تركه عند المسلم فلا كراهة فى تأخيره ولو لأجل السلم . وهذا الذى ذكرناه هو المعتمد الذى به

يكن أجل السلم كيومين ، وذلك فيما إذا شرط قبضه ببلد آخر ، وإلا فيجب أن يقبض رأس المال فى المجلس أو بالقرب منه كما يأتى .

قوله : [على ما فى المدونة] : حاصل ما فى المقام أنه أخر رأس المال عن ثلاثة أيام ؛ فإن كان التأخير بشرط ، فسد السلم اتفاقاً إن كان التأخير كثيراً جداً ، وإن كان التأخير بلا شرط فقولان فى المدونة لمالك، بفساد السلم وعدم فساده سواء كثر التأخير جداً أولا . والمشهور الفساد مطلقاً كما فى نقل (ح) عن ابن بشير ؛ وكل هذا فيما إذا كان رأس المال عيناً .

قوله : [وجاز تأخير رأس المال بلا شرط] إلخ : أى وأما مع شرط التأخير فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ويفسد كالعين ، قاله فى الجواهر لأنه بيع معين يتأخر قبضه، وبيع معين يتأخر قبضه لا يمنع إلا مع الشرط .

قوله : [وهذا الذى ذكرناه هو المعتمد] : أى من كراهة تأخير رأس مال السلم إن كان يغلب عليه مثلياً أوعرضاً إن لم يحضر العرض أو يكل الطعام، وإلا فلا

الفتوى ، وفى كلام الشيخ أولا وآخراً نظر من وجوه فراجعها إن شئت .

(و) جاز رأس السلم (بِمَنْفَعَةِ) شىء (مُعَيَّنٍ) : كسكنى دار وخدمة عبد وركوب دابة (مُدَّةً مُعَيَّنَةً) كشهر إن شرع فيها قبل أجل السلم (ولو انْقَضَتْ بَعدَ أجَلِهِ) بناء على أنَّ قبض الأوائل قبض للأواخر ، وإنما منعت المنافع عن دين لأنه من فسخ الدين فى الدين والسلم ابتداء دين فى دين وهو أخف من فسخه ، واحترز بـ « عين » على المنفعة المضمونة كقوله : أحملك إلى مكة فى نظير إردب قمح فى ذمتك تدفعه بعد شهر مثلا .

كراهة بل يجوز .

والحاصل : أن تأخير العرض والحيوان — إذا كان رأس مال عن الثلاثة الأيام — إن كان بشرط منع مطلقاً ، وإن كان بلا شرط فالجواز فى الحيوان ظاهر ، وفى الطعام إن كيل ، وفى العرض إن أحضر مجلس العقد لانتقال كل من الذمة للأمانة ، ولذلك لو هلك يكون فى ضمان المشترى وإلا كره فى الطعام والعرض. هذا هو المعول عليه ، وقيل بكراهة تأخيرهما بلا شرط مطلقاً ولو كيل الطعام أو أحضر العرض .

قوله : [كسكنى دار] إلخ : أى كأن يقول : له أسلمتك سكنى دارى هذه أو خدمة عبدى فلان أو ركوب دابتى هذه شهراً فى إردب قمح آخذه منك فى شهر كذا .

قوله : [إن شرع فيها] : أشار بهذا إلى أن منفعة المعين — سواء كان حيواناً أو عقاراً أو عرضاً — ملحقة بالعين فلابد من قبضها حقيقة أو حكماً ، وقبضها بقبض أصلها ذى المنفعة أو الشروع فى استيفائها منه ، فلابد من قبض أصلها حين العقد أو قبل مجاوزة أكثر من ثلاثة أيام .

قوله : [بناء على أن قبض الأوائل] إلخ : بل الشروع فى قبضها كاف ، ولو قلنا : إن قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر ؛ لأن غاية ما فيه ابتداء دين بدين وقد استخفوه فى السلم ، كذا قيل .

قوله : [تدفعه بعد شهر مثلا] : محل منع السلم بالمنافع المضمونة ما لم يشرع المسلم إليه فى استيفائها ، وإلا جاز كما فى الخرشى تبعاً للقانى قال (بن) وهو الظاهر ، وإذا كان كذلك فلافرق بين المعينة والمضمونة ؛ وقال الأجهورى : لا يجوز بالمنافع

* (و) جاز السلم (بجُزَافٍ) بشروطه بجعل رأس مال فى شيء معين .

(و) جاز السلم (بخِيَارٍ) فى عقده لهما أو لأحدهما أو لأجنبى (فى الثَّلاثِ) : أى ثلاثة الأيام فقط ولو كان رأس المال عبداً أو داراً على ظاهر المدونة وهو المعتمد . وقال ابن محرز : الخيار يختلف باختلاف رأس المال من رقيق ودار وغيرهما على ما تقدم فى باب الخيار .

ومحل جوازه فى الثلاثة الأيام : (إنْ لَمْ يُنْقَدْ) رأس المال ولو تطوعاً وإلا فسد . للتردد بين السلفية والثمنية .

وشرط النقد مفسد وإن لم ينقد ولو أسقط الشرط . ومحل الفساد بالنقد تطوعاً إن كان مما تقبله الذمة ، بأن كان لا يعرف بعينه . فإن كان حيواناً معيناً أو ثوباً يعرف بعينه فلا يفسد بنقده تطوعاً لعدم التردد بين السلفية والثمنية .

* (و) جاز (رَدُّ زَائِفٍ) وجد فى رأس المال ولو بعد طول .

المضمونة مطلقاً ولو شرع فيها متمسكاً بظاهر النقل واقتصر عليه (عب) وشارحنا واعتمده بعضهم كما قال فى الحاشية .

● تنبيه : لو وقع السلم بمنفعة معين ، وتلف ذو المنفعة قبل استيفائها رجع المسلم إليه على المسلم بقيمة المنفعة التى لم تقبض ولا يفسخ العقد، قياساً للمنفعة على الدراهم الزائفة ، فهذه مستثناة من قولهم فى الإجارة : « وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به » .

قوله : [بشروطه] : أى المتقدمة فى قول خليل « رئ إن » إلخ . وجاز أن يكون رأس المال جزافاً بالشروط ولو نقداً مسكوكاً حيث يجوز بيعه جزافاً ، وذلك فى متعامل به وزناً فقط .

قوله : [بجعل رأس مال] : وأما جعله مسلماً فيه فلا يصح ، لأن من جملة شروطه : أن يرى حين العقد وهو متعذر هنا .

قوله : [وقال ابن محرز] : هو ضعيف ، فقد رده عياض وابن عرفة كما قال الحطاب .

قوله : [إن لم ينقد رأس المال ولو تطوعاً] : وتقدمت هذه المسألة مع نظائرها فى باب الخيار .

قوله : [وجاز رد زائف] إلخ : أى جاز للمسلم إليه ردّ الزائف المغشوش بأن يكون الذهب أو الفضة مخلوطين بنحاس أو رصاص ، وأما لو وجد المسلم إليه

(و) إذا رد (عُجِّلَ) البدل وجوبًا ويغتفر التأخير ثلاثة أيام إن قام بذلك قبل حلول أجل بكثير ، فإن قام به بعد الحلول أو قبله باليومين جاز التأخير ما شاء .

(وإلا) يعجل البدل فيما فيه التعجيل (فَسَدَ ما يُقَابِلُهُ) : أى ما يقابل الزائف (فقط) لا الجميع .

وهذا حيث كان رأس المال عينًا وقام بحقه فى ذلك كما هو ظاهر . فإن سامحه المسلم إليه من الزائف لم يبطل ما قابله .

● (و) الشرط الثانى من شروط السلم :

(أنْ لا يَكُونَا طَعَامَيْنِ) ربويين أو غيرهما لما فيه من ربا النساء أو هو مع ربا الفضل : كسمن فى برّ وعكسه (ولا نَقْدَيْنِ) : كذهب فى فضة وعكسه أو ذهب فى ذهب أو فضة فى فضة .

(ولا شَيْئًا فى أكْثَرَ مِنْهُ) : كثوب فى ثوبين من جنس (أو) فى

فى رأس المال نحاساً أو رصاصاً خالصاً فلا يجوز له رده على المسلم وأخذ بدله ، بل يفسد مقابله حيث لم يرض به كما قاله سحنون ، وهو المعتمد . وظاهر المدونة عند أبى عمران : أن ذلك مثل المغشوش فيجوز للمسلم إليه رده على المسلم وأخذه بدله ، ويجب على المسلم أن يعجل له البدل وإلا فسد ما يقابله ، وظاهر شارحنا يوافق المدونة .

قوله : [قبل حلول أجل] : هكذا نسخة الأصل والمناسب : أجله .

قوله : [ألاّ يكونا طعامين] إلخ : فلا يجوز أن تقول لآخر أسلمك إردب قمح فى إردب قمح أو فول ولا أسلمك ديناراً فى قدر من فضة أو فى دينار ما لم يتحد القدر والصنف ويكون بلفظ القرض أو السلف وإلا جاز . واعلم أن الفلوس الجدد هنا كالعين فلا يجوز سلم بعضها فى بعض .

قوله : [لما فيه من ربا النساء] : أى عند تماثل رأس المال والمسلم فيه .

قوله : [أو هو مع ربا الفضل] : أى إن حصلت زيادة وكان الطعام ربويًّا .

قوله : [ولا نقدين] : أى سواء تساويا رأس المال والمسلم فيه أو زاد أحدهما على الآخر .

قوله : [كثوب فى ثوبين] : أى أو كسلم قنطار كتان فى قنطارين وإردب فى إردبين .

(أَجْوَدَ) منه لما فيه من سلف بزيادة (كَالعَكْسِ) وهو سلم شيء فى أقل منه أو أدنى من جنسه لما فيه من ضمان بجعل .

ثم استثنى من قوله : « ولا شيئاً فى أكثر » إلخ قوله :

(إلا أَنْ تَخْتَلِفَ المَنْفَعَةُ) فى أفراد الجنس الواحد فيصير كالجنسين فيجوز فى الأكثر والأجود (كفَارِهِ الحُمُرِ) : جمع حمار . والفاره : سريع السير يجوز سلمه (فى) المتعدد من الحمر (الأعْرَابِيَّةِ) : أى الضعيفة السير .

قوله : [أو فى أجود منه] : أى كثوب ردىء فى جيد وقنطار كتان ردىء فى أجود .

قوله : [لما فيه من ضمان بجعل] : أى من تهمة ضمان بجعل؛ فإذا أسلمت ثوبين من ثوب فكأن المسلم إليه ضمن ثوباً منهما للأجل وأخذ الثوب الآخر فى نظير ضمانه، وإنما اعتبروها هنا وألغوها فى بيوع الآجال؛ لأن تعدد العقد هناك أضعفها .

قوله : [إلا أن تختلف المنفعة] : اعلم أن المسألة ذات أحوال أربعة : لأن رأس المال والمسلم فيه : إما أن يختلفا جنساً ومنفعة معاً ، ولا إشكال فى الجواز ؛ كسلم العين فى الطعام ،والطعام فى الحيوان، وإما أن يتفقا معاً ، ولا إشكال فى المنع إلا أن يسلم الثمن فى مثله فيكون قرضاً، وإما أن يتحد الجنس وتختلف المنفعة وهو المراد هنا ، وإما أن تتحد المنفعة ويختلف الجنس - كالبغال والبراذين من الخيل - وفيه قولان . فمن منع نظر إلى أن المقصود من الأعيان منافعها ، ومن أجاز نظر إلى اختلاف الجنس وهو الراجح كما يأتى فى قول المصنف ، ولو تقاربت المنفعة كذا فى (بن) .

قوله : [أى الضعيفة السير] : أشار بهذا إلى أن المراد بالأعرابية ضعيفة السير سواء كانت منسوبة للأعراب أى سكان البادية أو كانت غير ذلك لا خصوص المنسوبة للأعراب ، وإلا لا قتضى أنه لا يجوز سلم حمار سريع السير فى متعدد من المصرية ضعيف غير سريع كحمير الجباسة والترابة، وليس كذلك، بل هو جائز على المعتمد إذ المدار على الاختلاف فى المنفعة .

(وسَابِقِ الخَيْلِ) يجوز سلمه (فى) المتعدد من (الحَوَاشِي) منها وعكسه . (وجَمَلٍ) : أى بعير (كَثِيرِ الحَمْلِ : أو سابِقٍ فى) متعدد من (غيرِهِ) من الضعاف .

واعلم أن التعدد لا يشترط ، وقد عبرت المدونة بالإفراد كما عبرت بالجمع ، وكلام اللخمى يفيد أنه لا يشترط اختلاف العدد إلا إذا ضعف اختلاف المنفعة ، أما إذ قوى اختلاف المنفعة فيجوز السلم ولو اتحد العدد ، فإنه قال : الإبل صنفان صنف يراد للحمل وصنف يراد للركوب لا للحمل ، وكل صنف منهما صنفان : جيد وحاشى ؛ فيجوز أن يسلم ما يراد للحمل فيما يراد للركوب ، فيجوز جيد أحدهما فى جيد الآخر والجيد فى الردىء والردىء فى الردىء ، اتفق العدد أو اختلف . وأما إذا كانت كلها تراد للحمل أو الركوب فلا يجوز أن يسلم الجيد بالردىء ولا عكسه وجاز أن يسلم جيد فى حاشيين فأكثر وعكسه (اهـ) .

قوله : [وسابق الخيل] إلخ : اعلم أن الخيل إما أعرابية وهى : ما كان أبوها وأمها من الخيل ، وإما أعجمية وهى البرذونة وهى : ما كان أبوها من الخيل وأمها من البقر . والعربية قسمان : منها ما كان متخذاً للرماحة والجرى وحسنها بكثرة سبقها لغيرها ، ومنها ما هو متخذ للهملجة أى للمشى بسرعة كالرهوان وحسنها سرعة مشيها . وأما الأعجمية فهى متخذة للحمل فتارة تكون كثيرة الهملجة وتارة لاتكون كذلك ولا جرى فيها . فالهملجة يتصف بها كل من الأعجمية والعربية . إذا علمت ذلك فيجوز سلم أحد النوعين الأعرابيين فى الآخر الواحد فى اثنين أو فى واحد على مامر ، ويجوز سلم كل واحد من النوعين فى النوع الثالث الذى هو البرذونة الواحد فى اثنين وعكسه .

قوله : [أى بعير] : إنما فسره به ليشمل الذكر والأنثى .

قوله : [فيجوز جيد أحدهما] إلخ : أى فالمدار على قوة اختلاف المنفعة ، ولو كان جيد فى جيد أو ردىء فى ردىء ، اتحد أو تعدد ، ومن باب أولى ردىء فى جيد وعكسه .

قوله : [للحمل أو الركوب] : أو مانعة خلو فتجوز الجمع .

قوله : [وجاز أن يسلم جيد فى حاشيين] إلخ : أى والموضوع أن كلا يراد للحمل أو الركوب واختلافهما إنما هو بالجودة والرداءة فيجوز إسلام الواحد فى

(و) نحو (قُوَّةِ البَقَرَةِ) ذكراً أو أنثى على العمل من حرث ودرس وطحن ، فيسلم قويها فى ضعيفها وعكسه . (وكَثْرَةِ لَبَنِ الشَّاةِ) أو قلته فيسلم أحدهما فى الآخر لأن المقصود من الشياه اللبن (إلا الضَّأنَ) فكثرة اللبن فيها لايلتفت له (على الأَصَحِّ): لأن المقصود منها الصوف لا اللبن (وكَصَغِيرَيْنِ) من كل جنس يجوز سلمهما (فى كَبِيرٍ) من جنسه (وعَكْسِهِ) باتفاق التأويلين

المتعدد كجيد فى حاشيين فأكثر وحاشيين فأكثر فى جيد ، ولا يجوز أن يسلم واحد فى واحد تقدم الجيد أو الردىء لأنه سلف جر نفعاً — وإن تقدم الردىء — وضمان بجعل إن تقدم الجيد كذا فى (بن) .

قوله : [فيسلم قويها فى ضعيفها] : أى فيجوز أن يسلم ثور قوى على العمل فى اثنين ضعيفين لا قوة لهما مثله على العمل . ومقتضى ما تقدم عن اللخمى : أنه لا يشترط التعدد فى سلم البقرة متى تباينت المنافع كما إذا كان أحدهما يراد للحرث والآخر يراد للبن أو للذبح . وأما إن اتحدت المنافع — كما إذا كان كل يراد للحرث وحصل اختلاف بالقوة — فلابد من الاختلاف بالتعدد .

قوله : [وكثرة لبن الشاة] : أى فيجوز سلم شاة كثيرة اللبن فى اثنتين ليس فيهما كثرة لبن ، ولا مفهوم للشاة بل كذلك يقال فى الجاموس والبقر .

قوله : [إلا الضأن] : هذا خلاف ظاهر المدونة ، ونصها : لا يجوز أن يسلم ضأن الغنم فى معزها ولا العكس إلا شاة غزيرة اللبن موصوفة بالكرم فلا بأس أن تسلم فى حواشى الغنم ؛ فظاهرها شمول الضأن ولكن المعتمد ما قاله الشارح من أنه لا يشمل الضأن ، لأن اللبن فيها كالتابع لمنفعة الصوف ، ولأن لبنها غالباً أقل من لبن المعز مع قلة منفعة شعر المعز . فالمقصود من المعز اللبن كما أن المقصود من الضأن الصوف .

قوله : [من كل جنس] : أى ماعدا صغير الآدمى والغنم والطير الذى يراد للأكل كما يأتى على أرجح التأويلين أى وهو ظاهر المدونة . وقد حملها عليه ابن لبابة وابن محرز وغيرهما واختاره الباجى وقال ابن الحاجب : إنه الأصح . وتأولها أبو محمد على عدم الجواز .

(أو صَغِيرٍ فى كَبِيرٍ) وعكسه ، يجوز على أرجح التأويلين (إنْ لَمْ يُؤَدِّ إلى المُزَابَنَةِ بطولِ الزَّمَانِ) : أى الأجل المضروب إلى أن يصير فيه الصغير كبيراً أو يلد فيه الكبير صغيراً، فيصير ضماناً بجعل فى الأولين من المسألتين ويؤدى إلى الجهالة فى الثانية ، وهى مسألة العكس فى الفرعين . فقوله : « إن لم » إلخ . راجع لما بعد الكاف .

(بِخِلافِ صَغِيرِ الآدَمِيِّ والغَنَمِ وطَيْرِ الأكل) : كالدجاج والحمام والأوز ، فلا يسلم كبير كل فى صغيره ولا عكسه ، اتحد عدد كل أو اختلف لعدم اعتبار الصغر والكبر فيها . ورأى الباجى : أن صغير الآدمى جنس مخالف لكبيره لاختلاف المنافع .

قوله : [إن لم يؤد إلى المزابنة] : أى فإن أدى لها منع .

وقوله : [بطول الزمان] : تصوير للتأدية إلى المزابنة ، وفيه إشارة إلى أن المراد هنا بالمزابنة الضمان بجعل فى الأول والجهالة فى الثانى كما أفاده الشارح ، وليس المراد بها معناها المتقدم، وهى بيع مجهول بمجهول أو بمعلوم من جنسه، وإن كان يمكن أن تكون هنا من الأول : أعنى بيع مجهول بمجهول نظراً لجهل انتفاع المسلم والمسلم إليه برأس المال وبالمسلم فيه .

قوله : [إلى أن يصير] إلخ : بيان لطول الزمان وغاية فيه .

قوله : [أو يلد فيه الكبير صغيراً] : هذا على سبيل الفرض وإن لم يكن شأنه الولادة سداً للذريعة .

قوله : [فيصير ضماناً بجعل] : أى لأن المسلم كأنه قال للمسلم إليه : اضمن لى هذا لأجل كذا ، فإن فات ففى ذمتك وإن سلم عاد إلى وكانت منفعته لك أو الثانى لك فى ضمانك .

قوله : [فى الأولين من المسألتين] : أى فى الأول من كل من المسألتين فتأمل .

قوله : [وهى مسألة العكس فى الفرعين] : عكس الأولى كبير فى صغيرين وعكس الثانية كبير فى صغير .

قوله : [ورأى الباجى] إلخ : قال ابن عبد السلام : هو الصحيح عندى ، قال ابن عرفة : وحد الكبير فى الرقيق إن فرقنا بين صغيره وكبيره بلوغ سن التكسب

(وكجذع طويل غليظ فى) جذع أو جذوع (غيره) من القصار الرقاق ، فيجوز . وظاهر : أنه لا بد من الوصفين فلا يكفى أحدهما ، وهو كذلك خلافًا لابن الحاجب (وسيف قاطع) لجودة جوهريته يجوز سلمه (فى أكثر دونه) فى القطع والجودة (وكطير علم) صنعة شرعية كالصيد فيسلم فى غيره

بالعمل والتجر ، وهو عندى بلوغ خمس عشرة سنة أو الاحتلام .

قوله : [أنه لابد من الوصفين] : أى الطول والغلظ قال فى الحاشية : وظاهر المدونة أنه لابد من تعدد مايسلم فيه والواجب الرجوع له لكن قد مر أن المسألة ذات طريقتين ، وهما : هل يشترط تعدد المسلم فيه إذا أسلم بعض أفراد الجنس المختلفة المنفعة فى بعض أو لا يشترط التعدد ؟ وتقدم أن الأرجح عدمه . وقال فى الحاشية أيضاً : المعتمد أن الغلظ كاف، وأما الطول وحده فلا يكفى والفرق تيسر قطع الطويل فالمنفعة فيه متقاربة بخلاف الغليظ فى رقيقين فإن فى نشره كلفة .

قوله : [خلافاً لابن الحاجب] : أى فيكفى عنده أحد الوصفين . واعترضت هذه المسألة : بأن الكبير قد يصنع منه صغار فيؤدى إلى سلم الشىء فيما يخرج منه وهو مزابنة ؟ وأجيب : بأن المراد بالجذع المخلوق لا المنجور المنحوت، فإنه يسمى جائزة لاجذعاً ، فالكبير لايخرج منه جذوع بل جوائز ، وبأن الكلام فى كبير لايخرج منه الصغير إلا بفساد وهو لا يقصده العقلاء ،وبأن المراد بالكبير ما ليس من نوع الصغير كنخل فى صنوبر ، وهذا الأخير مبنى على أن الخشب أجناس وهو الراجح .

قوله : [دونه فى القطع والجودة] : أى فلابد من الوصفين، وأما إن كان دونه فى أحدهما فقط فلا يجوز لعدم التباعد . فإن استويا معاً فى القطع والجودة منع اتفاقاً فيما إذا كان المقابل متعدداً وجاز فى المتحد لأن الشىء فى مثله قرض — وإن لم يلفظ بالقرض هنا — لأنه ليس فيه ربا فضل ولانسيئة . وظاهر شارحنا اشتراط التعدد، وقد تقدم أن الراجح عدمه .

قوله : [كالصيد] : أى وكتوصيل الكتب، واحترز بالشرعية من غيرها كتعليمه الكلام والصياح ،فإنه لا يوجب اختلاف المنفعة .

مفرداً ومتعدداً (أو آدَمِيّ) علم صنعة شرعية (بكَنَسْجٍ) وخياطة وطرز (وطَبْخٍ إلا) الصنعة (السَّهْلَةَ كالكِتَابَةِ والحِسَابِ والغَزْلِ) : فلا تنقل عن الجنس (إنْ لم تَبْلُغ النِّهَايَةَ) فإن بلغتها جاز (فكالجِنْسَيْنِ) راجع لقوله : «إلا أن تختلف المنفعة» إلخ . أى : فإن اختلفت المنفعة كما ذكر فكالجنسين يجوز سلم أحدهما فى الآخر (ولو تَقَارَبَتْ المَنْفَعَةُ) بينهما (كرَقِيق) ثوب (قُطْنٍ و) رقيق ثوب (كِتَّانٍ) فأولى غليظهما أو رقيق أحدهما فى غليظ الآخر .

(ولا عِبْرَةَ بالذُّكُورَةِ والأنُوثَةِ) : فلا يسلم ذكر فى أنثى ولا عكسه حتى فى الآدمى على المشهور . لكن قال كثير من المتأخرين بجوازه فى الآدمى لاختلاف المنفعة اختلافاً ظاهراً ، فإن الذكر يراد للسفر والزرع ولما يراد فى خارج

قوله : [مفرداً ومتعدداً] : أى كان من نوعه أو من غير نوعه .

قوله : [فإن بلغتها] : فيه ضميران مؤنثان : ضمير الفاعل يعود على الصنعة ، والمفعول يعود على النهاية .

قوله : [جاز] : أى جاز سلمها فى غير بالغة النهاية ، سواء كان المسلم فيه يعرف أصل الصنعة أم لا .

قوله : [ولو تقاربت المنفعة] : أى بخلاف متحد الجنس فلابد من اختلا ف المنفعة كما مر .

قوله : [فأولى غليظهما] : وجه الأولوية اختلافهما بالمنفعة اختلافاً قوياً زيادة على اختلاف الجنسية .

قوله : [لكن قال كثير من المتأخرين] إلخ : قال اللخمى فى التبصرة : العبيد عند مالك جنس واحد وإن اختلفت قبائلهم ، فالبربرى والفورى والصقلى وغيرهم سواء لا يسلم أحدهم فى الآخر ، إلا أن الصنعة تنقلهم وتصيرهم أجناساً إذا كانا تاجرين مختلفى التجارة كبزار وعطار ، أوصانعين مختلفى الصنعة كخباز وخياط ، فيسلم الصانع فى التاجر لا أحدهما فى واحد يراد لمجرد الخدمة ، ويسلم أحدهما فى عدد يراد منه الخدمة .

البيت ، والأنثى تراد لما يتعلق بالبيت كالطبخ والعجن والخبز ونحوها ، وهو ظاهر ؛ لأن اختلاف المنفعة يصير الجنس كالجنسين فى الآدمى وغيره كما تقدم فقوله : « ولا عبرة » إلخ . أى مجرد ذكورة وأنوثة (ولا) عبرة (بالبَيْضِ) : أى بكثرته فلا تسلم دجاجة بيوض فى غيرها .

● (و) الشرط الثالث :

(أنْ يُؤَجَّلَ) المسلم فيه (بأجَلٍ مَعْلُومٍ) : لا إن لم يؤجل أو أجل بمجهول (كنِصْفِ شَهْرٍ) : خمسة عشر يومًا فأكثر لا أقل . والأيام المعلومة عند الناس كالمنصوصة ، كما أشار له بقوله :

(وجَازَ) الأجل (بنَحْوِ الحَصَادِ) كالدراس ونزول الحاج والصيف والشتاء (واعتُبِرَ) من ذلك (المُعْظَمُ) لا أوله ولا آخره : أى قوة ذلك الفعل

قوله : [وهو ظاهر] : أى جواز سلم الأنثى فى الذكر وعكسه .

قوله : [فلا تسلم دجاجة بيوض فى غيرها] : أى فى اثنين غير بيوض لعدم الاختلاف فى المنفعة، وأما فى واحدة غير بيوض فجائز لأنه قرض .

قوله : [أن يؤجل المسلم فيه] : إنما اشترط الأجل لأجل السلامة من بيع ما ليس عند الإنسان المنهى عنه ، بخلاف ما إذا ضرب الأجل فإن الغالب تحصيل المسلم فيه فى ذلك الأجل فلم يكن من بيع الإنسان ما ليس عنده، إذ كأنه إنما باع ما هو عنده عند الأجل . واشترط فى الأجل : أن يكون معلوماً ليعلم منه الوقت الذى يقع فيه قضاء المسلم فيه . والأجل المجهول لا يفيد للغرر ، وإنما حد أقل الأجل بخمسة عشر يوماً لأنها مظنة اختلاف الأسواق غالباً واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه فكأنه عنده .

قوله :[كالمنصوصة] : أى فمن لهم عادة بوقت القبض لا يحتاجون لتعين الأجل، وذلك كأرباب المزارع وأرباب الألبان وأرباب الثمار ، فإن عادة الأول القبض عند حصاد الزرع وعادة من بعدهم الوفاء بدفعها عليهم زمن الربيع وزمن جذ الثمار .

قوله : [والصيف والشتاء] : أى ولو لم يعرفا للمتعاقدين إلا بشدة الحر أو البرد لا بالحساب .

قوله : [واعتبر من ذلك المعظم] : أى الوقت الذى يحصل فيه غالبه وهو

عادة ولو لم يقع .

(واعْتُبِرَ الأَشْهُرُ بالأهلَّةِ) ناقصة أو كاملة ؛ فإذا سميا ثلاثة أشهر وكانا في أثناء شهر ، فالثاني والثالث بالأهلة (وتُمِّمَ المُنْكَسِرُ ثَلاثِينَ) يوماً من الرابع ، ولا ينظر لنقص الأول .

(و) إن أجل (إلى رَبِيع) مثلا (حَلَّ) الأجل (بأوَّلِهِ ، و) إذا إذا قيل بشرط أن أقبضه (فيه) : أي في ربيع مثلا حل الأجل (بوَسَطِهِ) ولا يفسد السلم (على الأصَحِّ) ، وكذا لو قال : في سنة كذا ، لم يفسد ويحمل على نصف السنة كما صرحوا به .

واستثنى من قوله : « وأن يؤجل إلخ » ، قوله :

* (إلا إذا شَرَطَا قَبْضَهُ) : أي المسلم فيه (بِبَلَدٍ) غير بلد العقد ، (فيَكْفِي) في الأجل (مَسَافَةُ اليَوْمَيْنِ) ذهابًا (إنْ شَرَطَا) في العقد (الخُرُوجَ) إليها ليقبض فيها (وخَرَجَا) بالفعل بأنفسهما أو وكيلهما (حِينَئِذٍ)

وسط الوقت لذلك .

قوله : [ولو لم يقع] : أي هذا إذا وجدت الأفعال أعني الحصاد والدراس في العقد أو لم توجد فيها .

قوله : [واعتبر الأشهر بالأهلة] : أي وكذلك الشهر والشهران فتجعل أل في الأشهر للجنس .

قوله : [حل الأجل بأوله] : أي بأول جزء منه أي بآخر أول جزء منه أي بآخر الليلة الأولى ، وعلى هذا اقتصر المواق ، وقيل : المراد بأوله: رؤية هلاله . وثمرة الخلاف تظهر إذا طالب المسلم المسلم إليه وقت رؤية الهلال وامتنع المسلم إليه من الدفع وقال : لا أدفع إلا بعد مضى الليلة الأولى ، فإن المسلم إليه يجبر على الدفع على القول الثاني لا على الأول .

قوله : [على الأصح] : أي وهو الذي رجحه ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب النذور ، ورجحه أيضاً ابن سهل وعزاه لمالك في المبسوط والعتبية قائلا : يكون حلول الأجل في وسط الشهر إذا قال في شهر كذا، وفي وسط السنة إذا قال في سنة كذا .

أى حين العقد (بِبَرٍّ) لا بحر ، (أو) ببحر (بغَيْرِ رِيحٍ) ، كالمنحدرين ؛ احترازاً من السفر بالريح كالمقلعين فلا يجوز ، لأنه ربما أدى إلى قطع مسافة اليومين فى نصف يوم فيؤدى إلى السلم الحالّ ولا بد من تعجيل رأس المال وقت العقد ، فمتى انخرم شرط من هذه الشروط فلا بد من ضرب الأجل .

● (و) الشرط الرابع :

(أنْ يَكُونَ) السلم فيه (فى الذِّمَّةِ ، لا فى) شىء (مُعَيَّنٍ) غائبٍ أو حاضر لفساد بيع معين يتأخر قبضه .

قوله : [من هذه الشروط] : أى الخمسة وهى أن يكون البلد الثانى على مسافة يومين من بلد العقد وأن يشترط فى العقد الخروج فوراً وإن لم يخرجا بالفعل إما بأنفسهما أو بوكيلهما، وأن يعجل رأس المال فى المجلس أو قربه أو أن يكون السفر ببر أو بغير ريح .

والحاصل أن السلم لابد أن يؤجل بأجل معلوم أقله نصف شهر ، إلا إذا اشترط قبضه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد فيصح بتلك الشروط الخمسة، ولا يشترط التأجيل بنصف شهر .

● تنبيه : لو حصل عائق عن الخروج ورجى انكشافه انتظر وإلا خير المسلم إليه فى البقاء والفسخ — قاله البدر القرافى . وأما لو ترك الخروج من غير عائق فسد العقد ؛ فإن سافر ووصل قبل مضى اليومين فإن كان السفر ببر أو بغير ريح كان صحيحا، ولكن لا يمكن من القبض حتى يمضى اليومان وإن كان السفر بريح كان فاسداً .

قوله : [فى الذمة] : قال القرافى الذمة : معنى شرعى مقدر فى المكلف قابل للالتزام واللزوم . ونظمه ابن عاصم بقوله :

والشرح للذمة وصف قاما يقبل الالتزام والإلزاما

أى وصف قام بالنفس به صحة قبول الالتزام كـ:لك عندى دينار وأنا ضامن كذا ، وقبول الإلزام كألزمتك دية فلان، كذا فى الأصل .

قوله : [لفساد بيع معين يتأخر قبضه] : إنما كان فاسداً لأنه قد يهلك قبل قبضه فيتردد الثمن بين السلفية إن هلك والثمنية إن لم يهلك .

● (و) الشرط الخامس :

(أنْ يُضْبَطَ) المسلم فيه (بعادَتِهِ) التى جرى بها العرف (مِنْ كَيْلٍ) فيما يكال كالحب (أوْ وَزْنٍ) فيما يوزن كالسمن والعسل (أو عَدَدٍ) فيما يعد (كالرمانِ والبَيْضِ ، وقِيسَ) ما يعد من رمان ونحوه كبطيخ أى اعتبر عند العقد قياسه (بخَيْطٍ) لاختلاف الأغراض بالكبر والصغر (أو بِحِمْلٍ) الأولى عطفه على : « بعادة » لأن الحمل بكسر الحاء المهملة وما بعده ليس له قدر معين فى العادة ، أى أو يضبط بحمل بأن يقاس حبل ، ويقال: أسلمك فيما يملأ هذا الحبل (أو جُرْزَةٍ) بضم الجيم وسكون الراء : حزمة من القتّ والأغمار (فى كَقَصِيلٍ) : ما يقصل ويجذ نحو فول وبرسيم وكتان .

(لا) يصح الضبط (بفَدَّانٍ) أو قيراط لما فيه من الجهل[1] (أو) يضبط (بالتحرِّى) عند عدم آلة وزن لا عند وجودها (كنَحْوِ كَذَا) : أى قدر

قوله : [أن يضبط المسلم فيه بعادته] : أى فلا يصح إذا لم يضبط كـ:خذ هذا الدينار سلماً على قمح مثلا ، من غير ضبط لقدره أو ضبط بغير ما يضبط به كخذ هذا الدينار سلماً على قنطار قمح أو إردب لحم أو إردب بيض أو قنطار بطيخ .

قوله : [أى اعتبر عند العقد قياسه بخيط] : أى ويوضع ذلك الخيط عند أمين حتى يتم الأجل؛ فإذا حضر الرمان مثلا قيس كل رمانة بذلك الخيط .

قوله:[بأن يقاس حبل] : أى ويوضع تحت يد أمين كما تقدم فى الخيط.

● تنبيه : لو ضاع الخيط أو الحبل الذى اعتبر وتنازعا فى قدره ، فإن قرب العقد بأن لم يفت رأس المال تحالفا وتفاسخا . وإن فات فالقول قول المسلم إليه إن أشبه ، فإن انفرد المسلم بالشبه كان القول قوله ، فإن لم يشبه واحد حملا على الوسط فى الخيط والحبل .

قوله : [لا يصح الضبط بفدان أو قيراط] : أى ولو اشترط كونه بصفة جودة أو رداءة لأنه يختلف ولا يحاط به فلا يكون السلم فى القصيل والبقول إلا على الأحمال أو الحزم .

قوله : [عند عدم آلة وزن] : لا مفهوم له ، بل مثله عدم آلة كيل كما فى (بن) وغيره .

(١) أى : أسلمك قيراطاً من القمح أو البرسيم . أى نتاج أرض مساحتها قيراط .

عشرة أرطال أو قنطار على أحد التأويلين فى معنى التحرى (أو نَحْوِ هَذَا) : أى أو يأتى بشىء كقدر من لحم أو خبز أو نحو ذلك ويقول: أسلمك فى قدر زنة هذا ، على التأويل الثانى فى معناه، قال أبو الحسن عن عياض : ذهب ابن أبى زمنين وغير واحد إلى أن معنى التحرى أن يقول: أسلمك فى لحم أو خبز يكون قدر عشرة أرطال ، وقال ابن زرب: إنما معناه أن يعرض عليه قدراً ويقول آخذ منك قدر هذا كل يوم ويشهد على المثال (ا هـ) .

• (وفَسَدَ) السلم (بِمِعْيَارٍ مَجْهُولٍ) : كزنة هذا الحجر أو ملء هذا الوعاء .

وحاصله : أنه إذا فقدت آلة الوزن — وكنا نعلم قدرها — واحتجنا للسلم فى اللحم مثلا فيجوز أن يسلم الجزار فى مائة قطعة مثلا كل قطعة لو وزنت كانت رطلا أو رطلين مثلا ، وكذلك إذا عدمت آلة الكيل وعلم قدرها واحتيج للسلم فى الطعام فيقول المسلم للمسلم إليه : أسلمك ديناراً فى قمح ملء زكيبتين مثلا كل زكيبة لو كيلت كانت إردبا مثلا آخذه منك فى شهر كذا ، هذا معنى ضبط السلم بالتحرى على أحد التأويلين . والتأويل الثانى يقول : المراد أن تأتى للجزار بحجر أو بقطعة لحم مثلا وتقول له : أسلمك فى مائة قطعة من اللحم كل قطعة لو وزنت كانت قدر هذا الحجر أو قدر هذه القطعة . والغرض أنه لايوزن اللحم بعد حضوره بهذا الحجر أصلا بل إذا جاء الأجل أعطى المسلم إليه للمسلم مائة قطعة مماثلة لذلك الحجر تحرياً بدون أن توزن وإلا فسد . ومن ذلك لو أتى لصاحب القمح بقفة لا يعلم قدرها ويقول له : أسلمك ديناراً فى قمح لو كيل بهذه القفة لكان ملأها مرة أو مرتين آخذه فى يوم كذا ، ولا يكال بها عند حضوره بل تتحرى المماثلة كلها مرة أو مرتين وإلا فسد للجهل فالتأويل الأول لابن أبى زمنين ، والثانى لابن زرب .

قوله : [وفسد السلم بمعيار مجهول] : أى إذا تعاقدا على كونه يكال به أو يوزن به بالفعل لا بالتحرى فيجوز عند عدم الآلة كما تقدم .

● تنبيه : يجوز السلم بقياس ذراع رجل معين كأسلمك ديناراً فى ثوب طوله ثلاثون ذراعاً بذراع فلان وأراه إياه ، فإن لم يعين الرجل ففى سماع أصبغ عن ابن

● (و) الشرط السادس :

● (أن تُبَيَّنَ الأوصافُ) تبييناً شافياً (التي تَخْتَلِفُ بها الأغْرَاضُ) في المسلم فيه (عَادَةً) في بلد السلم (مِنْ نَوْعٍ) كقمح وشعير وفول ونحو ذلك (وصِنْفٍ) : كبر برى وروى وحبشى ، وبُخت وعراب ، وضأن ومعز ، وكتان وقطن وحرير وصوف (وجَوْدَةَ ورَدَاءَةَ وبينهما) .

(و) أن يبين (اللَّوْنُ في الآدَمِيِّ والثَّوْبِ والعَسَلِ) لاختلاف الأغراض فيه : كجارية بيضاء أو سوداء أو عبد كذلك، كثوب أبيض أو أسود أو أحمر بعد بيان صنفه ، أو عسل كذلك .

(و) يبين (مكانُ الحُوتِ) : إن احتيج ككونه من بركة أو غدير أو بحر

(و) مكان (التَّمرِ) ككونه من الطور أو من الشام أو من مصر وهكذا (ونَاحِيَتهُما) : إن احتيج لذلك كالجهة الشرقية أو الغربية أو الغيط الفلاني.

(و) يبين (القَدْرِ) في الجميع .

(و) يبين (في الحَيَوان) مطلقاً عاقلا أو غيره (السنَّ) المستلزم لبيان الصغر والكبر (والذُكُورَةُ والأُنُوثَةُ والقَدْرُ) المستلزم للطول والقصر والتوسط بينهما .

(وفي البُرِّ) : أي القمح (السَّمْرَاءُ والمَحْمُولَةُ)

القاسم : يحملان على ذراع وسط إصبغ وهذا مجرد استحسان . والقياس الفسخ . فإن خيف غيبة الذراع المعين أخذ قدره وجعل بيد عدل إن اتفقا ، وإلا أخذ كل منهما قياسه عنده . فإن مات أو غاب ولم يؤخذ قياسه وتنازعا في قدره جرى فيه ما تقدم في غيبة الخيط والحبل .

قوله : [التي تختلف بها الأغراض] : أي وإن لم تختلف فيها القيمة؛ فإنه لايلزم من اختلاف الأغراض اختلاف القيم .

قوله : [وأن يبين اللون في الآدمي] : أي فاللون وغيره إنما يحتاج لبيانه إذا كانت الأغراض تختلف باختلافه كالثياب والعسل وبعض الحيوان كالآدمي والخيل .

قوله : [كالجهة الشرقية] : أي ككون التمر مدنياً أو ألواحياً أو برلسياً.

قوله : [السمراء] : وهي الحمراء. والمحمولة هي البيضاء.

إن اختلفت الأغراض بهما (والجِدَّةُ والمِلْءُ وضدُّهُمَا) : القدم والضمور .

(وفى الثَّوْبِ الرِّقَّةُ والطُّولُ والعَرْضُ وضدُّهَا) : الثخن والقصر وقلة العرض .

(وفى الزَّيْتِ : المُعْصَرَ مِنْهُ) : كزيتون أو سلجم أو حب فجل أوكتان أو سمسم (ونَاحِيَتُهُ) كمغربى أو شامى .

(وفى اللَّحْمِ) : بعد بيان نوعه من بقر أو ضأن أوغيرهما (السنّ والسمنُ والذُّكُورَةُ وضدُّهَا) : من هزال أو أنوثة (وكَوْنُهُ رَاعِيًا) : أى الحيوان الذى منه ذلك اللحم (أو مَعْلُوفًا) حيث احتيج لذلك (أو) كونه (من جَنْبٍ أو رَقَبَةٍ) ونحو ذلك إن اختلفت الأغراض .

(و) يبين فى كل شىء أسلم فيه من لؤلؤ ومرجان أو زجاج (أو مَعْدِنٍ) كحديد ورصاص وكُحل (أو) شىء (مَطْبُوخ) من لحم أو غيره ، أومنسوج

قوله : [إن اختلفت الأغراض بهما] : أى فى ذلك البلد وإلا فلا يجب البيان . واعترض على المصنف بأنه : إن أريد بالسمراء والمحمولة : مطلق سمراء ومحمولة ، كان ذكر النوع مغنيا عنهما، لأنهما نوعان من البر. وإن أريد بهما سمراء على وجه خاص أى شديدة الحمرة ومحمولة على وجه خاص أى شديدة البياض ، كانت الجودة والرداءة مغنية عنهما لأنهما داخلان فى الجودة والرداءة . فتحصّل أن ذكر النوع والجودة والرداءة مغن عن ذكر السمراء والمحمولة — هكذا بحث بعضهم تأمله .

قوله : [المعصر منه] : اعترض بأن المسموع فى فعله عصر ثلاثيًّا، فكان حقه أن يقول المعصور منه — كذا بحث ابن غازى فى كلام خليل . وأجاب بعضهم بورود أعصر الرباعى فى قوله تعالى : (وأَنْزَلنَا مِنَ المُعْصِرَات)[1] قيل : هى الريح لأنها تعصر السحاب .

قوله : [من لؤلؤ] : واحده لؤلؤة ويجمع على لآلئ وفيه أربع لغات: لؤلؤ بهمزتين وبغير همزة وبضم أوله دون ثانيه وبالعكس .

قوله : [أو زجاج] : مثلث الزاى واحده زجاجة .

قوله : [أو شىء مطبوخ] : أى فلا يشترط فى المسلم فيه أن يكون ذاتاً قائمة

---

(١) سورة النبأ آية ١٤ .

أو مصاغ من حلى ، أو أوانٍ أو غير ذلك (مَا يَحْصُرُهُ) : أى يضبطه (ويُمَيِّزُهُ) : أى يعينه فى الذهن حتى تنتفى الجهالة به. ولو أسلمه فى شىء وشَرَطَ الجودة أو الرداءة وأطلق صح .

(وحُمِلَ فى الجيدِ) على الغالب منه فى البلد .

(و) حمل فى (الرَّدِىءِ عَلَى الغَالِبِ) : أى الكثير منه فى البلد (وإلَّا) يغلب شىء (فالوَسطُ) من الجيد أو من الردىء يقضى به .

● (و) الشرط السابع :

(أنْ يُوجَدَ) المسلم فيه (عِنْدَ حُلُولِهِ غالِبًا) ولا يضر انقطاعه قبل حلول الأجل مع وجوده عنده .

● ثم بين بعض محترزات بعض الشروط بقوله :

بعينها لا تفسد بالتأخير ، بل يجوز أن يكون مستهلكاً لابقاء له لفساده التأخير كالمطبوخ سواء كان لحماً أو غيره ، ومثاله : أن يقول : خذ هذا الدينار سلماً على خروف محمر وآخذه منك فى يوم كذا . ولا فرق بين المطبوخ بالفعل حين العقد ـ كالخرفان المسبكة والمربات التى لاتفسد بالتأخير ـ أو كان يطبخ عن الأجل .

قوله : [أى الكثير] : كما فسر ابن فرحون معنى الغالب . وقيل : معنى الغالب أى فى إطلاق لفظ الجيد عليه كما فسر به الباجى .

قوله : [أن يوجد المسلم فيه عند حلوله غالباً] : أى بأن يكون مقدوراً على تسليمه وقت حلول الأجل لئلا يكون الثمن تارة سلفاً وتارة ثمناً .

قوله : [ولا يضر انقطاعه قبل حلول الأجل] : أى فلا يشترط وجوده فى جميع الأجل، بل الشرط وجوده أى القدرة على تحصيله عند حلول الأجل ، ولو انقطع فى أثناء الأجل ، بل ولو انقطع فى الأجل بتمامه ما عدا وقت القبض ، خلافاً لأبى حنيفة المشترط وجوده فى جميع الأجل .

قوله : [ثم بين بعض محترزات بعض الشروط] : هكذا نسخة المؤلف بذكر « بعض » أولا وثانياً، ومعناها : أنه لم يستوف محترزات البعض الذى تعرض له من تلك الشروط .

(فلاَ يصحُّ) السلم (فِيما لاَ يُمْكِنُ وَصْفُهُ : كتُرَابِ مَعْدِنٍ) لما علمتَ أنه يشترط بيان وصفه التى تختلف بها الأغراض. فما لا يمكن وصفه مجهولة حقيقته .

(ولا) يصح سلم فى (جُزَافٍ) لما علمتَ أنه يشترط أن يكون فى الذمة وشرط صحة بيع الجزاف رؤيته وبرؤيته كان معيناً .

(و) لا يصح سلم فى (أرْضٍ ودَارٍ) وحانوت وخان وحمام ؛ لأنها ببيان محلها ووصفها صارت معينة لا فى الذمة .

(و) لا يصح فى (نَادِرِ الوُجُودِ) : لعدم وجوده فى الغالب عند الأجل فيلزم عليه بيع ما ليس عنده وما لا قدرة لك على تسليمه .

• (وإن انقَطَعَ ما) أى مسلم فيه (لهُ إبَّانٌ) : أى وقت معين يظهر

قوله : [كتراب معدن] : هذا وما بعده أمثلة لما يصح فيه السلم وإن صح فيه أصل البيع لاختصاص السلم بزيادة تلك الشروط فلا يلزم من عدم صحة السلم فيه عدم صحة البيع من أصله .

قوله : [بيان وصفه] : المناسب صفته لأجل ما بعده .

قوله : [أى مسلم فيه له إبان] : أى من السلم الحقيقى بأن كان غير محصور فى قرية أو فى قرية مأمونة . وأما إن انقطع ثمر الحائط المعين الذى أسلم فى كيل معلوم منه أو ثمر القرية غير المأمونة الذى أسلم فى كيل معلوم منها ، فإنه يرجع المسلم بحصة ما بقى له من السلم عاجلاً اتفاقاً ، ولا يجوز التأخير لأنه فسخ دين فى دين ، وله أخذ بدله ولو طعاماً . وهل يرجع على حسب القيمة ؟ فينظر لقيمة كل مما قبض ومما لم يقبض فى وقته ويفض الثمن على ذلك ، فإذا أسلم مائة دينار فى مائة وسق من ثمر الحائط المعين ثم قبض من ذلك خمسين وسقاً وانقطع ، فإذا كان قيمة المأخوذ مائة وقيمة الباقى خمسين فنسبة الباقى للمأخوذ الثلث فيرجع بثلث الثمن — قل أو كثر — وعليه الأكثر ؟ أو يرجع على حسب المكيلية ؟ فيرجع بنسبة ما بقى منها من غير تقويم فيرجع بنصف الثمن فى المثال ؟ تأويلان .

• تنبيه : حيث تقرر أن المسلم فيه لابد أن يكون ديناً فى الذمة ، وثمر الحائط المعين ليس فى الذمة ، فلا يتعلق به العقد على وجه السلم الحقيقى . والعقد

فيه كبعض الأثمار (خُيِّرَ المُشْتَرِى فى الفسْخِ) وأخذ رأس ماله .

(و) فى (البقاءِ) لقابل ، حتى يظهر المسلم فيه فى وقته (إنْ لمْ يأتِ القابِلُ) وظهر المسلم فيه ، فإن أتى (فلا فسْخَ) وتعين أخذ المسلم فيه .

ومحل التخيير : إذا لم يكن التأخير حتى انقطع بسبب المشترى، وإلا وجب الإبقاء لقابل لأنه قد ظلم البائع حيث فرّط فى أخذ حقه، فتخييره زيادة ظلم له ، ذكره ابن عبد السلام .

* (وإنْ قَبَضَ) المشترى (البعْضَ) من المسلم فيه وانقطع (وَجَبَ) عليه (التَّأخِيرُ) لقابل ولا تخيير له (إلا أنْ يرضَيا) : أى المشترى والبائع (بالمُحاسبةِ) فإن كان المشترى قبض النصف مثلا رد البائع له نصف رأس السلم فيجوز ، سواء كان رأس المال مقوّمًا أو مثليا كما صرح به الشيخ فعلِمَ أن محل تخيير المشترى مقيد بقيود ثلاثة : ألاّ يصبر حتى يأتى العام القابل ، وألاّ يقبض البعض ، وألاّ يكون التأخير حتى انقطع بسببه .

* (وجازَ قبلَ) حلول (الأجلِ قبُولُهُ) : أى المسلم فيه (بصِفتِهِ)

المتعلق به ، إنما هو بيع حقيقة فيجرى على حكمه، غير أنه تارة يقع العقد على تسميته سلماً وتارة يقع عليه مجرداً عن التسمية المذكورة ، ولكل منهما شروط يتفقان فى معظمها . وهذه إحدى المواضع التى فرقوا فيها بين الألفاظ ، فيشترط فى شراء ثمر الحائط — إن سمى سلماً — إزهاؤه وسعة الحائط وكيفية قبضه متوالياً أو متفرقاً، وكون عقد السلم مع المالك له وشروع المسلم فى الأخذ ويغتفر تأخير الشروع لنصف شهر وأخذه بسراً أو رطباً لا تمراً فلا يجوز . وإن سمى بيعاً : اشترط فيه تلك الشروط ماعدا كيفية قبضه — هذا ملخص ما فى الأصل .

قوله : [سواء كان رأس المال مقوماً أو مثلياً] : أى خلافاً لسحنون فإنه يمنع المحاسبة فى المقوم لعدم الأمن من الخطأ فى التقويم .

قوله : [وجاز قبل حلول الأجل] إلخ : هذا شروع فى حكم اقتضاء السلم حقه ممن هو عليه فهذا الأمر جائز بلا جبر حيث قضاه قبل الأجل أو المحل لأن الأجل فى المسلم حق لكل منهما ما لم يكن المسلم فيه نقداً ، وإلا أجبر المسلم على قبوله قبل الأجل إن طلبه المسلم إليه لأن الأجل حق لمن عليه الدين وأما فى القرض

التى وقع العقد (فقط) : لا أزيد ولا أنقص لما فيه من : حط الضمان وأزيدك ، أو : ضع وتعجل (كقَبُولِ المَحلّ) الذى شرط القبض فيه ، أو مكان العقد إذا لم يشترط مكان غيره فيجوز قبوله فى غير ذلك المكان (إنْ حَلَّ) الأجل ، لا إن لم يحل ، عرضاً أو طعاماً ، هذا مذهب ابن القاسم وقال سحنون : يجوز مطلقاً حل أم لا فيهما، فتفصيل الشيخ لم يوافق واحداً منهما وظاهر بحث بعضهم المنع مطلقاً .

● (وَلَمْ يَدْفَعْ) البائع للمشترى (كِرَاءً) لحمله لمحل القبض لما فى دفعه من الزيادة ففيه : حُطّ الضمان وأزيدك الكراء .

● (ولزم) المشترى القبول كما يلزم البائع الدفع (بَعدَهُمَا) : أى بعد الأجل والمحل .

(وجَازَ) بعدهما (أجْوَدُ) مما فى الذمة دفعاً وقبولا لأنه حُسْنُ قضاء

فيجبر المقرض على قبوله قبل أجله كان القرض عيناً أو غيره .

قوله : [لما فيه من : حط الضمان وأزيدك] : راجع لقوله « لا أزيد »

وقوله : [أو ضع وتعجل] :راجع لقوله أو انقص .

قوله : [وظاهر بحث بعضهم المنع مطلقاً] : اعلم أن فى العرض والطعام قولين : أحدهما لابن القاسم وأصبغ : الجواز بشرط الحلول فيهما ، والثانى لسحنون: الجواز قبل محله وإن لم يحصل فيهما — ابن عرفة : وهذا أحسن والأول أقيس . هذا حاصل ما رأيته، وانظر من قال بالمنع وإنما اشترط الحلول ، لأن من عجل ما فى الذمة عدّ مسلفاً وقد ازداد الانتفاع بإسقاط الضمان عن نفسه إلى الأجل وهو سلف جرنفعاً . وفيه أيضاً إذا كان طعاماً بيع الطعام قبل قبضه ، لأن ما عجله عوض عن الطعام الذى لم يجب عليه الآن وإنما يجب عليه إذا حلّ .

قوله : [لما فى دفعه من الزيادة] : أى لأن البلدان بمنزلة الآجال .

قوله : [أى بعد الأجل والمحل]: المراد ببعدية الأجل: انقضاؤه ، وببعدية المحل وصوله . ومحل لزوم قبول المسلم للمسلم فيه : بعدهما إذا أتاه بجميعه ، فإن أتاه ببعضه لم يلزمه قبوله حيث كان المدين موسراً . وأما القرض ففى ابن عرفة ما نصه : وفى جبر رب دين حال على قبض بعضه وقبول امتناعه حتى يقبض

(وَأَدْنَى) صفة كذلك ، لأنه حسن اقتضاء وهو من باب المعروف .

(لا أقَلَّ) كيلا أو وزنًا أو عدداً طعامًا كان أو نقداً (إلاَّ أنْ) يقبل الأقل و (يُبْرِئَهُ مِنَ الزَّائِدِ) فيجوز لأنه معروف لا مكايسة. وأما العروض كالثياب فيجوز قبول الأقل مطلقًا ، أبرأه أم لا، وكذا المثلى إذا لم يكن طعامًا ولا نقداً كالحديد والنحاس .

• (و) جاز القضاء (بِغَيْرِ جِنْسِهِ) : أى المسلم فيه (وإنْ قَبْلَ الأجَلِ) بشروط ثلاثة أفادها بقوله (إنْ عَجَّلَ) المدفوع من غير جنسه ، وإلا لزم فسخ الدين فى الدين (وكانَ المُسْلَمُ فِيهِ غيرَ طَعَامٍ) ليسلما من بيع الطعام قبل قبضه .

• (وصَحَّ سَلَمُ رَأْسِ المَالِ فِيهِ) : أى فى المدفوع من غير الجنس ، كما لو أسلمه ثوبًا فى عبد فقضى عنه بعيراً ، فإنه يصح سلم الثوب فى البعير .

جميعه والمدين موسر — نقلا ابن رشد ورواية محمد مع ابن أبى زيد عن ابن القاسم، ولعل الفرق أن القرض بابه المعروف والمسامحة — كذا فى حاشية الأصل .وحيث قلنا بوجوب القبول بعدهما فإن لم يجد المسلم يدفع له دفع للوكيل فإن لم يجد وكيلا دفع للقاضى لأنه وكيل الغائب .

قوله : [ويبرئه من الزائد] : ظاهر المواق أنه إذا كان الأقل من الطعام بالصفة جاز أبرأه من الزائد أم لا . والتفصيل إذا قضاه بغير الصفة وهو المعتمد كما أفاده وكذا فى الحاشية .

● تنبيه : لا يجوز فى السلم قضاء دقيق عن قمح ولا عكسه بناء على أن الطحن ناقل — وإن كان ضعيفاً — فصارا كالجنسين ففى أخذ أحدهما عن الآخر بيع الطعام قبل قبضه ، فهذا القول مشهور مبنى على ضعيف .

قوله : [وجاز القضاء بغير جنسه] : لما أنهى الكلام على قضاء السلم بجنسه شرع فى بيان قضائه بغير جنسه .

قوله : [بشروط ثلاثة] : اعلم أن الشروط الثلاثة التى ذكرها المصنف معتبرة ، سواء قضى قبل الأجل أو بعده كما فى (بن) .

• ثم ذكر محترز الشرط الأخير بقوله : (لا) يصح قضاء (بِذَهَبٍ) عن عبد مثلاً (ورَأْسُ المَالِ) عن المسلم فيه كالعبد (وَرِقٌ وعَكْسُهُ) : أى بورِق ورأس المال ذهب ، لأنه يئول إلى سلم ذهب فى فضة وعكسه وهو صرف مؤخر .

(ولا) يصح القضاء (بطَعَامٍ) يدفعه عن ثوب مسلم فيه (ورَأْسُ المَالِ) فيه (طَعَامٌ) وإلاّ لزم بيع طعام بطعام نسيئة ، ومتى كان المسلم فيه طعاماً فلا يجوز قضاء غيره عنه طعاماً كان أو غيره لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه .

ولظهور هذا تركناه لفهمه من الشرط الثانى بسهولة ، ولا حاجة إلى ذكر الشرط الذى ذكره الشيخ بقوله : «وبيعه بالمسلم فيه مناجزة» ، ولا محترزه بقوله : «لا لحم بحيوان» لأن الكلام فى قضاء المسلم فيه بغير جنسه . وإذا قضينا عن حيوان لحماً من غير جنسه جاز كعكسه ولو كان من جنسه خرجنا عن الموضوع .

• (ولا يَلْزَمُ) المسلم إليه (دَفْعُهُ) : أى المسلم فيه للمسلم

قوله : [ثم ذكر محترز الشرط الأخير] : أى وقد مثل له بمثالين الأول قوله لا بذهب إلخ ، والثانى قوله : ولا بطعام إلخ .

قوله : [ومتى كان المسلم فيه طعاماً] إلخ : شروع فى محترز الشرط الثانى .

وقوله : [ولظهور هذا تركناه] : اسم الإشارة يعود على محترز الشرط الثانى .

قوله : [ولا حاجة إلى ذكر الشرط الذى ذكره الشيخ] إلخ : حاصله أن خليلا صرح بشرط آخر بقوله وبيعه بالمسلم فيه مناجزة وذكر فى محترزه قضاء اللحم بالحيوان ، وعكسه واستشكله شراحه بأن الكلام فى القضاء بغير الجنس وبيع اللحم بالحيوان من غير جنسه جائز ، فلا يصح أن يكون محترزاً لهذا الشرط . وأجابوا : بأنه ليس المراد بالجنس ما تقدم فى الربويات وإنما المراد به ما يجوز سلمه فى غيره كبقر فى غنم . ومع ذلك فقد يتوهم جواز أخذ لحم أحدهما عن نفس الآخر لاختلاف الجنس هنا ، فبين المنع للنهى الخاص عن بيع اللحم بالحيوان ، وشارحنا هنا لم يلتفت إلى هذا الجواب وسلم الإشكال ووافقه فى المجموع فتأمل .

(ولا) يلزم المسلَم (قَبُولُه) لو دفعه له المسلم إليه (بِغَيْرِ مَحَلِّهِ) : أي في غير المحل الذى اشترط التسليم فيه أو محل العقد إذا لم يشترطا محلا (ولو خَفَّ حَمْلُهُ) كجوهر وثوب لطيف، إلا أن يرضيا بذلك فيجوز إن حل الأجل كما تقدم.

● (وجَازَ شِرَاءٌ مِنْ) بائع (دَائِمِ العَمَلِ[1]) كخباز ولحام تشترى منه (جُمْلَةً) كقنطار (مُفَرَّقَةً عَلَى أوْقَاتٍ) : ككل يوم رطل حتى تفرغ الجملة المعينة بدينار مثلا (أو) تشترى منه (كُلَّ يوم قِسْطًا مُعَيَّنًا) كرطل (بكذا) بدرهم مثلا ، فقوله : « بكذا » راجع للمسألتين ، لكن رجوعه للأولى على أنه ثمن المجموع كالقنطار ، وللثانية على أنه ثمن القسط المعين كالرطل فى كل يوم مثلا .

قوله : [ولا يلزم المسلم قبوله] : أى سواء حل الأجل أو لم يحل .

قوله : [فيجوز إن حل الأجل] : ولا فرق بين العرض والطعام على المعتمد كما مر . ومحل عدم لزوم القبول : إن لم يكن عيناً ، وأما هى : فالقول قول من طلب القضاء منهما حيث حل الأجل ولو فى غير محل القضاء ، فيلزم ربه القبول إذا دفعه له من هو عليه ويلزم من هو عليه دفعه إذا طلبه ربه ولو فى غير محل القضاء . وأما إن لم يحل الأجل فالحق لمن عليه العين فى المكان والزمان . فإذا طلب المدين تعجيل العين قبل انقضاء الأجل أو طلب دفعها فى غير محل القضاء ، فإنه يجبر ربها على قبولها ، كانت العين من بيع أو قرض ، إلا أن يتفق حصول خوف قبل الزمان أو المكان فلا يجبر من هى له على قبولها إلا بعد الزمان أو المكان المشترط ربها قبضها فيه . فلو جبره على قبولها وتلفت منه ضاعت على الدافع ، ولا فرق بين عين المبيع والقرض على المعتمد .

قوله : [من بائع دائم العمل] : أى حقيقة وهو من لا يفتر عنه غالباً أو حكماً ، بأن كان من أهل حرفة ذلك الشىء المشترى منه بحيث يتيسر له تحصيله فى أى وقت .

قوله : [قسطاً معيناً] : بالفتح أى قدراً .

قوله : [على أنه ثمن المجموع] : أى فالدينار فى المسألة الأولى ثمن القنطار

---

(١) هذا يقابل عقد التوريد المعروف الآن وهو من المقاولات الشائعة فى التعامل التجارى الإدارى .

(وَهُوَ بَيْعٌ) : أى من باب البيع لا السلم فلا يشترط تعجيل رأس المال ولا تأجيل الثمن ، لأن البائع لما نصب نفسه للعمل أشبه ما باعه الشىء المعين ، فإن مات انفسخ فى الصورة الثانية . ويشترط الشروع فى الأخذ فيما دون نصف شهر .

* (وإنْ لَمْ يَدُمْ) عمله (فَسَلَمٌ) يشترط فيه شروطه كقنطار من خبز من كذا صفته كذا بأخذه بعد نصف شهر بكذا ويعجل فيه رأس المال على ما تقدم .

● ثم شبه فى السلم قوله :

(كاستِصْنَاعِ سَيْفٍ) أو ركاب من حداد (أو سرْجٍ) من سروجى أو ثوب من حياك أو باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم ، فيجوز وهو سلم تشترط فيه شروطه كان البائع دائم العمل أم لا .

(إنْ لَمْ يُعَيَّنِ العَامِلُ أو المَعْمُولُ مِنْهُ) : فإن عينه فسد نحو :

مفرقاً على شهر مثلا والثانية على أن الدرهم ثمن للرطل الذى يأخذه كل يوم .

قوله : [وهو بيع] : صرح به مع قوله : « وجاز الشراء من بائع » إلخ ، لأن الشراء يطلق على السلم ووجه كونه بيعاً لا سلماً أنهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع كما أفاده الشارح والمسلم فيه لا يكون معيناً بل فى الذمة .

قوله : [انفسخ فى الصورة الثانية] : إنما فسخ فيها لكونها غير محدودة بوقت تنتهى إليه ، ولذلك يجوز لأحدهما الفسخ فى أى وقت ، بخلاف الصورة الأولى ؛ وهى ما إذا اشترى جملة يأخذها مفرقة فلا تنفسخ فى حياته ولا فى موته .

قوله : [ويشترط الشروع فى الأخذ] : كلام مستأنف : أى إنه يشترط الشروع فى أخذ الشىء المشترى فى المسألتين ولا يغتفر التأخير لنصف شهر .

قوله : [يشترط فيه شروطه] : أى وحينئذ فلا يعين العامل ولا المعمول منه ويكون ديناً فى الذمة .

قوله : [كاستصناع سيف] : أى كما أن استصناع السيف والسرج سلم سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا كأن يقول لإنسان : اصنع لى سيفاً أو سرجاً أو باباً صفته كذا بدينار ، فلابد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه إلى آخر شروط السلم .

قوله : [فإن عينه فسد] : قال فى المدونة : فإن شرط عمل رجل بعينه لم

أنت الذى تصطنعه بنفسك أو يصنعه زيد بنفسه ، أو تصنعه من هذا الحديد بعينه ، أو من هذا الغزل أو من هذا الخشب بعينه، لأنه حينئذ صار معيناً لا فى الذمة وشرط صحة السلم كون المسلم فيه ديناً فى الذمة .

• (وإنْ اشْتَرَى المَعْمُولُ مِنْهُ) : كأن يشترى منه الحديد أو الغزل أو الخشب ونحو ذلك (واسْتَأجَرَهُ) على عمله بعد ذلك (جَازَ إنْ شَرَعَ) العامل فى العمل فيا دون نصف شهر عين العامل أم لا (كشِرَاءِ نَحوِ تَوْر) بالتاء المثناة الفوقية : إناء يشبه الطَّشت ، يعنى : أنّ من وجد صانعاً شرع فى تور أو طشت أو سيف أو نحو ذلك فاشتراه منه جزافاً بثمن معلوم (ليُكمِّلَ) أى على أن يكمله له جاز ودخل فى ضمان المشترى بالعقد ، وإنما يضمنه المشترى ضمان الصناع ، فإن اشتراه على الوزن لم يدخل فى ضمانه إلا بالقبض . ومحل الجواز إن شرع بائعه فى التكميل على ما تقدم ؛ وهذا .

(بِخِلافِ) شراءِ (ثَوْبٍ لِيَكْمُلَ) : فإنه لا يجوز لأن المعدن — كالنحاس والحديد — إن خرج على خلاف الصفة المشترطة أو المعتادة

يجز وإن نقده لأنه لايدرى أيسلم ذلك الرجل أم لا فذلك غرر (اهـ) وعلى هذا درج ابن رشد . وفى المدونة فى موضع آخر ما يقتضى الجواز إذا عين العامل فقط لقولهم : من استأجر من يبنى له داراً على أن الجص والآجرّ من عند الأجير جاز ، وهو قول ابن بشير . وحيث قلتم بفساده بتعيين العامل أو المعمول فمن باب أولى تعيينهما معاً ، وعلة الفساد فى تعيين العامل دوران الثمن بين السلفية والثمنية ، وفى تعيين المعمول أن السلم لا يكون فى شىء بعينه بل فى الذمة كما أفاده الشارح .

قوله : [وإن اشترى المعمول منه] إلخ : الفرق بين هذه والتى قبلها أن العقد فيا قبلها وقع على المصنوع على وجه السلم ولم يدخل المعمول منه فى ملك المشترى ، وهذه وقع العقد فيها على المعمول منه بعد أن ملكه ثم استأجره بالشرط فى العقد على عمله فلذلك كان العقد صحيحاً بشرطه عين العامل أم لا .

قوله : [وإنما يضمنه المشترى] إلخ : صوابه : البائع .

يمكن إعادته بخلاف الثوب (إلاَّ أنْ يَكْثُرَ الغَزْلُ) من جنسه (عِنْدَهُ) : أى العامل فإنه يجوز شراء الثوب ليكمل ، لأنه لو خرج على خلاف الصفة المشترطة عمل من ذلك الغزل بدله على الصفة .

قوله : [بخلاف الثوب]: الحاصل أن فى كل من التور والثوب ثلاثة أحوال: يتفقان فى المنع ؛ إذا اشترى جملة ما عند البائع من الغزل والنحاس واتفق معه على أن يصنعه له ثوباً أو توراً ، ويتفقان فى الجواز : إذا كان عند البائع جملة من النحاس أو الغزل غير ما اشترى باق على ملكه بحيث إذا لم يأت ما اشتراه على الصفة المطلوبة يعمل له بدله من النحاس أو الغزل الذى فى ملكه ، ويختلفان فى حالة: وهو المنع فى الثوب إذا لم يكن عند البائع غزل يكفى ثوباً كاملا إذا لم يأت المبيع على الصفة المطلوبة ، والجواز فى التور لأنه يمكن كسره وإعادته وتكميله بما عنده .

باب
فى بيان القرض وأحكامه

وهو المسمي فى العرف : بالسلف .

● (القَرْضُ) بفتح القاف : أى حقيقته الشرعية : (إعْطَاءُ مُتَمَوَّلٍ) مِن مثلى أو حيوان أو عرض (فى) نظير (عِوَضٍ مُتَمَاثِلٍ) : صفة وقدراً للمعطىَ بالفتح كائن ذلك العوض (فى الذِّمَّةِ) : أى ذمة المعطى له (لِنَفْعِ المُعْطَى) بالفتح : أى المعطى له (فَقَطْ) : لا نفع المعطِى بالكسر ولا هما معًا ؛ وإلا كان من الربا المجمع على تحريمه .

باب :

لما كان القرض شبيهًا بالسلم لما فيهما من دفع معجل فى غيره ذيله به .

قوله : [بفتح القاف] : وقيل بكسرها وهو لغة القطع . سمى قرضًا : لأنه قطعة من مال المقرض . والقرض أيضًا : الترك ، يقال : قرضت الشيء عن الشيء أى تركته ومنه قوله تعالى : « وَإِذَا غَرَبَتْ تَقْرِضُهُمْ ذَاتَ الشِّمَالِ »(1) وشرعًا : هو كما قال المصنف : إعطاء متمول إلخ .

قوله : [إعطاء متمول] : هذا تعريف له بالمعنى المصدرى ، وأما تعريفه بالمعنى الاسمى : فهو متمول معطى إلخ . وأخرج بقوله : « متمول » ماليس متمولاً كقطعة نار فليس بقرض وقوله : « من مثلى أو حيوان » بيان للمتمول . وقوله « فى نظير عوض » أخرج دفعه هبة وصدقة وعارية . وقوله « متماثل » أخرج البيع والسلم والصرف والإجارة والشركة ؛ فإن العوض فيها مخالف . وقوله : « فى الذمة » المراد منه أن يكون مؤجلا فى الذمة ، أخرج به المبادلة المثلية ؛ كدفع دينار أو إردب فى مثله حالا . وقوله : « لا نفع المعطِى - بالكسر - ولا هما » : أى ولا نفع أجنبي من جهة المقرض ، فالكل سلف فاسد وهو ربًا كما قال الشارح .

---

(1) سورة الكهف آية ١٧ .

وخرج البيع والسلم والإعارة والإجارة والشركة والهبة والصدقة .

● (وهو مَنْدُوبٌ) : لأنه من التعاون على البر والمعروف .

(وإنما يُقْتَرَضُ) بضم حرف المضارعة وفتح الراء مبنى للمفعول : وإنما يجوز أن يقرض (ما) : أى شىء أو الشىء الذى (يُسْلَمُ) : أى يصح السلم (فيه) : من حيوان وعرض ومثلى ، لا ما لا يسلم فيه كدار وأرض وحانوت وخان وحمام وتراب معدن وصائغ وجوهر نفيس يندر وجوده وجزاف .

* (لا جَارِيَةٍ تَحِلُّ للمُقْتَرِضِ) : فلا يجوز قرضها لما فيه من إعارة الفروج ، بخلاف ما لا تحل له كعمة وخالة أو كان المقترض امرأة فيجوز .

قوله : [وخرج البيع والسلم] إلخ : قد علمت وجه خروجها .

قوله : [وهو مندوب] : أى الأصل فيه الندب وقد يعرض له ما يوجبه ، كالقرض لتخليص مستهلك ، أو يكرهه كالقرض ممن له فى ماله شبهة أو يحرمه كجارية تحل للمقترض ولا يكون مباحاً .

قوله : [وإنما يقرض] إلخ : أشار المصنف إلى قاعدة كلية مطردة منعكسة قائلة : وكل ما يصح أن يسلم فيه يصح أن يقرض إلا جارية تحل للمقترض . وبعض ما يصح أن يقرض يصح أن يسلم فيه ، فعكسها بالعكس المستوى صحيح . وأما عكسها عكساً لغوياً وهو : كل مالا يصح أن يسلم فيه لا يصح أن يقرض ، فلا يصح على المشهور ؛ لأن جلد الميتة المدبوغ وجلد الأضحية لا يصح السلم فيهما ويصح قرضهما .

قوله : [للمقترض] : أى لطالب القرض والآخذ له .

قوله : [لما فيه من إعارة الفروج] : أى من احتمال إعارة الفروج إذا رد عينه ، لأنه يجوز فى القرض رد العين المقترضة ويجوز رد مثلها كما يأتى . ولهذا التعليل أجاز ابن عبد الحكم قرضها إذا اشترط أن يرد مثلها لاعينها ، لكن المشهور منع قرض الجارية التى تحل للمقترض مطلقاً كما هو ظاهر المصنف سواء اقترضها للوطء أو للخدمة شرط رد عينها أو مثلها سداً للذريعة .

قوله : [أو كان المقترض امرأة] : مثلها الصبى الذى لايتأتى منه الاستمتاع والشيخ الفانى ، وكذلك يجوز له قرض الجارية التى لاتشتهى لصغر فى مدة الصغر .

(ورُدَّتْ) وجوباً إن أقرضها لمن تحل (إلا أنْ تَفُوتَ) عنده (بِوَطْءٍ أوْ غَيْبَةٍ) عليها (ظُنَّ وَطْؤُهَا فِيهَا، أو تَغَيُّرِ ذاتٍ): أو حوالة سوق (فالقِيمَةُ) تلزم المقترض (لا المِثْلُ) ولا يجوز التراضى على ردها إن وطئها أو غاب عليها غيبة يظن بها الوطء، وجاز إن فاتت بحوالة سوق ونحوه.

● (وحَرُمَ هَدِيَّتُه): أى هدية المقترض لمن أقرضه لأنه يؤدى إلى سلف بزيادة.

(كرَبِّ القِرَاضِ وعَامِلِه): يحرم على كل منهما أن يهدى للآخر هدية.

* (و) حرم هدية (القَاضِي): أى الإهداء له (وذِي الجَاهِ): أى من حيث جاهه بحيث يتوصل بالهدية له إلى أمر ممنوع أو إلى أمر يجب على ذى الجاه دفعه عن المهدى بلا تعب ولا حركة. وأما كونه يتوصل بذلك إلى أن يذهب به فى قضاء مصالحه إلى نحو ظالم أو سفر لمكان، فيجوز كالهدية له لا لحاجة،

قوله: [إلا أن تفوت عنده بوطء]: أى وأولى باستيلاد، وتكون به أم ولد خلافاً لـ (عب) لأن لزوم قيمتها بمجرد الوطء أو الغيبة عليها أوجب أنها حملت وهى فى ملكه فتكون به أم ولد. وقد صرح ابن عرفة بأنه لاحد عليه.

قوله: [وظن وطؤها فيها]: مفهوم أنه إذا لم يظن وطئها فيها لاتفوت بتلك الغيبة وهو المشهور. فالغيبة فيها ثلاثة أقوال: قيل: فوت مطلقاً، وقيل: ليست فوتاً مطلقاً، وقيل: إن ظن فيها فوت وإلا فلا.

قوله: [وجاز إن فاتت بحوالة سوق ونحوه]: هو تغير الذات وليس فى الإمضاء حينئذ تتميم للفاسد لأن ذاتها عوض عما لزمه من القيمة ولامحذور فى ذلك:

قوله: [وحرم هديته] إلخ: قال الخرشى فى كبيره: ليس المراد بالهدية حقيقتها فقط، بل كل ماحصل به الانتفاع كركوب دابة المقترض والأكل فى بيته على طريق الإكرام وشرب قهوته والتظلل بجداره (اهـ). والذى اعتمده فى الحاشية: جواز الشرب والتظلل والأكل إن كان لأجل الإكرام لالأجل الدين.

قوله: [كرب القراض] إلخ: إنما حرم عليه إهداؤه للعامل لئلا يقصد بذلك استدامة عمله، وحرمة هدية العامل لرب المال ولو بعد شغل المال أما قبل شغل المال فلاخلاف لأن لرب المال أخذه منه فيتهم أنه إنما أهدى له ليبقى المال بيده، وأما بعد شغل المال فلترقبه من رب المال معاملته ثانيا بعد نضوض المال.

وإنما هى لمحبة أو اكتساب جاه ، وفى المعيار سئل بعضهم عن رجل حبسه السلطان أو غيره ظلماً فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه أو غيره ، هل يجوز أم لا ؟ فأجاب : نعم يجوز ، صرح به جماعة منهم القاضى حسين ونقله عن القفال (اهـ) .

(إلا أنْ يَتَقَدَّمَ) لمن أهدى لمن ذكر هدية (مِثْلُهَا أو يَحْدُثَ) لمن ذكر (مُوجِبٌ) يقتضى الإهداء له عادة ، كفرح أو موت أحد عنده أو سفر ونحو ذلك فيجوز .

(و) كما تحرم الهدية يحرم (بَيْعُهُ مُسَامَحَةً) لذلك لا لأجل وجه الله أو لأجل أمر اقتضى ذلك .

قوله : [وفى المعيار سئل بعضهم] : أى وفيه أيضاً أبو عبد الله القورى عن ثمن الجاه ؟ فأجاب بما نصه : اختلف علماؤنا فى حكم ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم بإطلاق ، ومن قائل بالكراهة بإطلاق ، ومن مفصل فيه ، وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر وأخذ مثل أجر مثله فذلك جائز وإلا حرم ، وفى المعيار أيضاً : سئل أبوعبد الله العبدوسى عمن يحرس الناس فى المواضع المخيفة ويأخذ منهم على ذلك ، فأجاب بأن ذلك جائز بشروط : أن يكون له جاه قوى بحيث لايتجاسر عليه عادة ، وأن يكون سيره معهم بقصد تجويزهم فقط لا لحاجة له وأن يدخل معهم على أجرة معلومة أو يدخل على المسامحة بحيث يرضى بما يدفعونه له ، قال فى المجموع : وأجازه الشافعية ، يعنى الأخذ على الجاه ، والحمد لله على خلاف العلماء . ولو جاءت مغرمة لجماعة وقدر أحدهم على الدفع عن نفسه ، لكن حصته تلحق غيره ، فهل له ذلك أو يكره أو يحرم ؟ أقوال . وعمل فيما يأخذه المكاس من المركب أو القافلة مثلابتوزيعه على الجميع لأنهم نجوا به :

قوله : [لمن ذكر] : أى الذى هو المقرض ورب القراض وعامله والقاضى وذو الجاه .

قوله : [بيعه مساحة] : أى بغبن . وأما بغير غبن فقيل : يجوز ، وقيل : يكره ، واستظهر الأول .

● (وفَسَدَ) القرض (إنْ جرَّ نَفْعًا) للمقرض (كعَيْنٍ) : أى ذات — ذهبًا وفضة أو غيرهما — (كُرِهَتْ إقامتُها) عنده لأمر من الأمور إما لثقل حملها فى سفر أو خوف سوسها أو قدمها أو عفنها أو تغيز ذاتها بإقامتها عنده ، فيسلفها ليأخذ بدلها فى بلد آخر أو جديداً أو سالماً ، فيحرم ويرد على صاحبه ما لم يفت فالقيمة كما هو مقتضى الفساد .

(إلاَّ لِضَرُورَةٍ) فيجوز (كعُمُومِ الخَوْفِ) على المال فى الطرق فيجوز أن يسلفه لمن علم أنه يسلم معه، وكذا إن قام دليل على نفع المقترض فقط، كمجاعة أو كان بيع المسوّس الآن أحظ للمسلف لغلائه ورخص الجديد فى إبّانه فيجوز .

● (ومَلَكَ) القرض أى يملكه المقترض (بالعَقْدِ) وإن لم يقبضه المقترض كالهبة والصدقة .

● (ولا يَلْزَمُ) المقترض (رَدُّهُ) لربه

قوله : [إن جر نفعاً] : أى ولو قليلا . قال فى المجموع : ومن ذلك فرّع مالك وهو أن يقول شخص لرب الدين : أخر الدين وأنا أعطيك ما تحتاجه ، لأن التأخير سلف . نعم إن قال له : أخره وأنا أقضيه عنه جاز .

قوله : [إما لثقل حملها فى سفر] إلخ . تنويع لما قبله .

قوله : [كما هو مقتضى الفساد] : أى لما تقدم له فى قرض الأمة التى تحل للمقترض أن فى فواتها القيمة لأن القرض المتفق على فساده كالبيع المتفق على فساده .

● تنبيه : من القرض الفاسد قرض شاة مسلوخة ليأخذ عنها كل يوم رطلين مثلا ، ودفع قدر معين من دقيق أو قمح لخباز ليأخذ منه كل يوم قدراً معيناً من الخبز .

قوله : [فيجوز أن يسلفه] : بل يجب ؛ لأن حفظ المال واجب بأى وجه تيسر حفظه به .

قوله : [أى يملكه المقترض بالعقد]: أى ويصير مالا من أمواله يقضى له به .

قوله : [كالهبة والصدقة] : أى وكل معروف فإنه يملك بالعقد ولكن لا يتم ذلك إلا بالقبض والحيازة على ما سيأتى ، فإن حصل مانع للمتصدق أو الواهب أو فاعل المعروف بغير القرض قبل الحوز بطل بخلاف القرض لأنه لا يتوقف على الحوز ، فلو حصل للمقرض مانع قبل الحوز لم يبطل كما يفيده (بن) خلافاً

(إلاَّ بِشَرْطٍ) عند العقد لوقت معلوم (أو عَادَةٍ) فيعمل بهما ، فإن لم يشترطا شيئاً ولا عادة كان كالعارية المنتفى فيها شرط الأجل أو العادة ، فيبقى للوقت الذى يقتضى النظر القرض بمثله .

* (كَأَخْذِهِ) : تشبيهٌ فى عدم اللزوم أى كما لا يلزم ربه أن يأخذه (بِغَيْرِ مَحَلِّهِ): لما فيه من الكلفة عليه (إلا العَيْنَ) : أى الذهب أو الفضة فيلزمه أخذها لخفتها ، ويلحق بها الجواهر الخفيفة . وهذا إذا لم يكن خوف ولا كبير حمل فلا يلزم الأخذ .

* (ورَدَّ) المقترض على المقرض (مِثْلَهُ) قدراً وصفة (أو) رد (عَيْنَهُ : إنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ) فى ذاته عنده ولا يضر بغير تغير السوق، فإن تغير تعين رد مثله .

(وجَازَ أفضَلُ) : أى رد أفضل مما اقترضه صفة ، لأنه حُسن قضاء ، إذا كان بلا شرط ، وإلا منع الأفضل . والعادة كالشرط . ويتعين رد مثله .

* (و) جاز فى القرض (اشتراطُ رَهْنٍ وحَمِيلٍ) : أى ضامن للتوثق بذلك .

لما فى كلام التتائى من أن القرض كغيره لا يتم إلا بالحوز .

قوله : [إلا بشرط] إلخ : حاصله أن المقترض إذا قبض القرض وكان له أجل مضروب أو معتاد لايلزمه رده إلا إذا انقضى الأجل فإن لم يكن أجل لايلزم المقترض رده إلا إذا انتفع به عادة أمثاله .

قوله : [وجاز أفضل] : أى بل هو الأولى والأحسن لأنه حسن قضاء كما قال الشارح وقد ورد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تسلف بكراً وردّ عنه رباعياً »[1] .

---

(١) سبق تخريجه . وفيه عن أبى هريرة قال : « كان لرجل على النبى صلى الله عليه وسلم سن من الإبل فجاء يتقاضاه ، فقال : أعطوه . فطلبوا سنه فلم يجدوا إلاسنا فوقها ، فقال : أعطوه . فقال : أوفيتنى أوفاك الله فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وعن جابر قال : أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وكان عليه دين فقضانى وزادنى » متفق عليه وفى صحيح البخارى أن الرجل أغلظ على النبى، فهمّ به أصحابه فقال : دعوه فإن لصاحب الحق مقالا : ولكن روى عن أنس : « وسئل : الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدى إليه؟ فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولايقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» رواه ابن ماجة . وعن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إذا أقرض فلا يأخذ هدية » رواه البخارى فى تاريخه .

فصل فى المقاصة

● المُقَاصَّةُ أى حقيقتها (مُتَارَكَةُ مَدِينَيْنِ) المتاركة مفاعلة معناها: الترك من الجانبين (بِمُتَمَاثِلَيْنِ): أى مدينين بدينين متماثلين قدراً وصفة : كعشرة محمدية وعشرة محمدية أو غير متماثلين كما يأتى حال كونهما (عَلَيْهِمَا) : أى كل واحد منهما عليه مثل ما على صاحبه له (كُلٌّ) : أى كل واحد منهما يترك (ما) : أى الدين الذى (له) على صاحبه (فيما) : أى فى نظير الدين الذى (عليه) لصاحبه . وهذا إيضاح للمتاركة .

ثم إن الدينين إما أن يكونا عيناً أو طعاماً أو عرضاً ، وفى كل :إما أن يكونا من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والثانى من قرض ، فهذه تسع صور وفى كل منها : إما أن يكونا حالَّين أو مؤجلين ، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلا ؛ بسبع وعشرين صورة . وفى كل : إما أن يتفقا فى النوع والصفة والقدر أو يختلفا فى واحد منها ؛ فهذه أربعة فى السبعة والعشرين : بمائة وثمان صور ، أشار لها ولحكمها بقوله :

فصل :

إنما ذكر المقاصة عقب القرض لاشتمالها على دين القرض وغيره. وأصل مقاصة : مقاصصة فأدغم وهى مفاعلة من الجانبين لأن كلا يقاصص صاحبه أى يستوفى حقه منه ؛ لأن القصاص : استيفاء الحق .

قوله : [أو غير متماثلين كما يأتى] : أى فى قوله أو نوعاً إن حلا ؛ فقول المصنف : « بمتماثلين » فى التعريف تبع فيه ابن عرفة وهو معترض بأنه غير جامع ، فلذلك عمم الشارح ولم يلتفت لتقييد المصنف .

قوله : [أى كل واحد منهما عليه مثل ما على صاحبه] : هذا التقييد بالنسبة للمتروك من كل جانب فلا يضر أن يكون لأحدهما زيادة تبقى .

قوله : [بمائة وثمان صور] : ونظم ذلك سيدى الشيخ محمد ميارة فقال :

• (وتجوز) المقاصة والمراد بالجواز: الإذن فيصدق بالوجوب ؛ فإنها قد تجب أى يجب القضاء بها كما إذا كانا متماثلين وحل الأجل أو طلبها أحدهما (فى دَيْنَىْ العَيْنِ مُطْلَقًا) كانا من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض (إنْ اتَّحَدَا قَدْرًا وصِفَةً) كالمثال المتقدم وسواء (حَلَّا) معا (أوْ) حل (أحَدُهُما) والآخر مؤجل (أوْ لا) بأن كانا مؤجلين معاً.

(أو اخْتَلَفَا صِفَةً): أى جودة ورداءة: كمحمدية ويزيدية.

(أو) اختلفا (نَوْعاً) كذهب وفضة (إنْ حَلَّا) معاً فيجوز إذ هى فى اختلاف الصفة مبادلة، وفى اختلاف النوع صرف، ولا تأخير فيهما عند حلولهما. فإن كانا مؤجلين أو أحدهما لم يجز للتأخير كما يأتى فى قوله، وإلا فلا ؛ فإنه راجع لهذين أيضًا.

(أو) اختلفا (قَدْراً) كعشرة محمدية وأكثر منها مثلها أو أقل (وهما)

دين المقاصصة لعين ينقسم	ولطعام ولعرض قد علم
وكلها من قرض أو بيع ورد	أومن كليهما فذى تسع تعد
فى كلها يحصل الاتفاق فى	جنس وقدر صفة فلتقتفى
أو كلها مختلف فهى إذن	أربع حالات بتسع فاضربن
يخرج ست مع ثلاثين تضم	تضرب فى أحوال آجال تؤم
حلا معاً أو واحد أو لا معاً	جملتها حق كما قيل اسمعا
تكميل تقييد ابن غازى اختصرا	أحكامها فى جدول فلينظرا

قوله: [فيصدق بالوجوب]: اعترضه (بن) بأن هذا يقتضى حرمة العدول عنها فى صور الوجوب ولو تراضيا على ذلك، وليس كذلك. بل المراد بالوجوب هنا القضاء بها لطالبها، وحينئذ فالمراد بالجواز فى كلام المصنف: المستوى الطرفين، وهذا لاينافى القضاء بها لطالبها فى بعض الأحوال.

قوله: [إن اتحدا قدراً وصفة]: حاصل ما ذكره المصنف: أن دينى العين إن اتحدا فى القدر والصفة فيه تسع صور كلها جائزة وإن اختلفا فى الصفة أو النوع، ففى كل تسع أيضًا الجائز من كل ثلاث والممنوع من كل ست.

قوله: [أو اختلفا قدراً] إلخ: منطوقه صورة واحدة جائزة من صور تسع

معًا (مِنْ بَيْعٍ وحَلاَّ) معًا فيجوز على المعتمد .

(وإلا فلا) : راجع لجميع ما تقدم كما تقدم ، ومعناه فى هذه : وألا يكونا من بيع بأن كانا من قرض أو أحدهما منعت المقاصة سواء حل الأجلان أو أحدهما أم لم يحلا ؛ فهذه ست صور يستثنى منها واحدة: وهى ما إذا حل الأجلان وكان أحدهما من بيع والآخر من قرض وكان القرض هو الأكثر ، فيجوز لأنه قضاء عن دين بيع أكثر منه ولا ضرر فيه بخلاف العكس . وكذا يمتنع إذا كانا من بيع ولم يحلا لما فيه من : حط الضمان وأزيدك ، أو : ضع وتعجل فتأمل .

ويستثنى من قوله: و« إلا فلا » بالنسبة لاختلاف الصفة فقط ثلاثة صور وهى: ما إذا حل الأجل فقط سواء كانا من بيع ، أو قرض: أو منهما؛ لأن القضاء بالأفضل يجوز ، ذكره بعضهم . ويفيده قولنا فى القرض : « وجاز بأفضل بلا شرط » .

* (والطَّعامَانِ مِنْ قَرْضٍ كذلك) : فيجوز فيهما المقاصة إن اتفقا صفة وقدراً حلا أو أحدهما أم لا ، أو اختلفا صفة كسمراء ومحمولة أو نوعًا ؛ كقمح وفول إن حلا معًا وإلا فلا كأن اختلفا قدراً .

فالباقى ثمان منها سبع ممنوعة وواحدة جائزة ، وهى ما إذا حل الأجلان وكان أحدهما من بيع والآخر من قرض وكان القرض هو الأكثر كما أفاده الشارح .

قوله : [وكذا يمتنع إذا كانا من بيع ولم يحلا] : أى معاً بأن أجلا معاً أو حل أحدهما ، فهاتان صورتان تمام السبع الممنوعة .

قوله : [لما فيه من حط الضمان وأزيدك] : أى إذا كان المعجل أكثر .

وقوله : [أو ضع وتعجل] : أى إذا كان المعجل قبل الأجل الأقل .

قوله : [ويستثنى من قوله وإلا فلا]: أى من عموم المنع فى المفهوم .

قوله : [ثلاثة صور] : هكذا نسخة المؤلف والمناسب إسقاط التاء .

قوله : [وهى ما إذا حل الأجل فقط] : أى بأن اختلفا بالجودة والرداءة ، وكان الردىء مؤجلا والأجود حالا فالقضاء به جائز إن لم يكن مشترطاً .

قوله : [والطعامان من قرض كذلك] : أفاد الشارح فى هذه العبارة اثنى عشرة صورة : ثلاث فى اتحاد القدر والصفة ، وثلاث فى اختلاف الصفة ، وثلاث فى اختلاف النوع ، وثلاث فى اختلاف القدر . أما الثلاث الأولى فجائزة .

* (ومُنِعَا) : أى الطعامان : أى المقاصة فيهما إذا كان معًا (مِنْ بَيْعٍ مُطْلَقًا) اتفقا أو اختلفا صفة أو نوعًا حلا أو أحدهما أم لا لما فيه من بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ، ويزاد إذا لم يحلا بيع طعام بطعام نسيئة (كَأَنْ اخْتَلَفَا مِنْ بَيْعٍ وَقَرْضٍ) فتمتنع المقاصة فيهما (إِنْ اخْتَلَفَا صِفَةً) : وأولى نوعًا (أو قَدْرًا أو) اتفقا و (لَمْ يَحِلاَّ ، وإلا) بأن حلا معًا واتفقا كإردب سمراء ومثله (جَازَتْ) وهو ظاهر .

(وتَجُوزُ فى العَرْضَيْنِ) : الشامل للحيوان كثوب وثوب أو حمار أو عبد وفرس (مُطْلَقًا) من بيع أو قرض أو مختلفين حلا أو أحدهما أم لا (إِنْ اتَّحَدَا نَوْعًا وَصِفَةً واخْتَلَفَا) فى الصفة أو النوع (وحَلاَّ) معًا (أو) لم يحلا

ويجوز من الثلاث الثانية واحدة والأخرى كذلك . والثلاث الأخيرة ممنوعة ، ومقتضى ما تقدم جواز الأفضل صفة إن حل ولو كان الآخر مؤجلا .

قوله : [من بيع مطلقاً] : أى فى الاثنتى عشرة صورة .

قوله : [اتفقا] إلخ : بيان للإطلاق وكان عليه أن يزيد أو قدراً بعد قوله أو نوعاً لتكمل الصور الاثنتا عشرة وعلة المنع ما قال الشارح .

قوله : [كأن اختلفا من بيع وقرض] : وتحته اثنتا عشرة صورة كلها ممنوعة إلا صورة واحدة وهى ما إذا اتفقا صفة وقدراً وحلا معاً .

قوله : [الشامل للحيوان] : أى فالمراد بالعرض ما قابل العين والطعام فيشمل الحيوان .

قوله : [مطلقاً من بيع] إلخ : تحته تسع صور أفادها الشارح .

قوله : [أو اختلفا فى الصفة أو النوع وحلا] إلخ : منطوقه ست صور جائزة وهى أن تقول : العرضان ، إما من بيع أو قرض أو مختلفين ، وفى كل : إما أن يختلفا فى الصفة أو النوع ؛ فهذه ست مع حلول الأجل حقيقة أو حكماً بأن اتفق الأجلان ، ومفهومه أنه إذا اختلفا قدرا المنع كانا من بيع أو قرض أو مختلفين حلا أو أجلا أو حل أحدهما ، فهذه تسع ، يضم لها ما إذا اختلفا صفة أو نوعاً وحل أحدهما دون الآخر أو أجلا بأجل مختلف ، وفى كل : إما من بيع أو قرض أو مختلفين ، فهذه ثنتا عشرة صورة . فجملة الممنوع فى صور العرض

و (اتَّفَقَا أَجَلاً) لا إن اختلف أجلهما . هذا كله إذا كان الدينان عينين أو طعامين أو عرضين ، فإن اختلفا كعين فى ذمة وعرض أو طعام فى أخرى ، أو عرض فى ذمة وطعام فى أخرى ؛ والصور الثلاث: إما من بيع أو قرض أو مختلفين، وهذه التسعة تضرب فى أحوال الأجَل الثلاث : بسبع وعشرين ، كلها جائزة . وهى فى الحقيقة من باب البيع لا المقاصة ، إلا إذا كان أحد الدينين طعاماً من بيع فيلزم عليه بيع الطعام قبل قبضه فلا تجوز ، والله تعالى أعلم .

إحدى وعشرون . وقد تمت صور المقاصة التى تقدمت فى الشارح أول الباب .

قوله : [فإن اختلفا كعين فى ذمة] إلخ :شروع منه فى صور أخرى غير التى تقدمت ، فتكون جملة صور المقاصة مائة وخمسة وثلاثين صورة .

باب
في الرهن وأحكامه

● (الرَّهْنُ) شيء (مُتَمَوَّلٌ): أي من الأموال كانت عينًا أو عرضًا أو حيوانًا أو عقاراً أو غيرهما كمنفعة على ما سيأتى (أُخِذَ) من مالكه ؛ والمراد : يؤخذ منه وليس المراد الأخذ بالفعل ، لأن قبضه بالفعل ليس شرطًا فى انعقاده ولا فى صحته ولا لزومه بل ينعقد ويلزم بالصفة ، ثم يطلب المرتهن أخذه

باب :

لما كان الرهن يتسبب عن الدين من قرض تارة ومن بيع أخرى ، وأنهى الكلام على الدينين وما يتعلق بهما من مقاصة عقد الكلام على ما يتسبب عنهما من رهن ونحوه ، والرهن لغة : اللزوم والحبس وكل ملزم ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[1] : أى محبوسة . والراهن : دافعه والمرتهن بالكسر : آخذه . ويقال مرتهن بالفتح لأنه وضع عنده الرهن . ويطلق أيضًا على الراهن لأنه يطلب منه ؛ واصطلاحاً ما قاله المصنف ، وقد عرفه بالمعنى الاسمى بناء على الاستعمال الكثير تبعاً لابن عرفة ، وأما الشيخ خليل فقد عرفه بالمعنى المصدرى بقوله : الرهن بذل من له البيع ما يباع إلخ. والمعنى المصدرى هو الذى تعتبر فيه الأركان كما سيأتى التنبيه عليه فى الشرح . والمراد بالرهن : حقيقته وتعريفه ، والمراد بأحكامه : مسائله المتعلقة به .

قوله : [أو غيرهما] : هكذا فى نسخة الأصل بضمير التثنية والمناسب غيرها ، لأن المتقدم أربعة أشياء لا اثنان .

قوله : [كمنفعة] : أى كرهن الدار المحبسة على ما يأتى .

قوله : [أخذ] : أى حصل التعاقد على أن يؤخذ بدليل قول الشارح والمراد إلخ .

قوله : [ولا فى صحته ولا لزومه] : عطفه على انعقاده من عطف المسبب على السبب .

قوله : [بل ينعقد ويلزم] : أى ويصح لأنه يلزم من الانعقاد الصحة واللزوم .

---

(١) المدثر ، آية ٣٨ .

إذ لا يتم إلا به (تَوَثُّقًا به) : أى المتمول (فى دَيْنٍ لازِمٍ) : من بيع أو قرض أو قيمة متلف (أو) دين (صَائِرٍ إلى اللُّزُومِ) : كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفًا من ادعاء ضياع ، فيكون الرهن فى القيمة وسيأتى فى قوله : «وعلى ما يلزم» إلخ.

واعلم : أنه كما يطلق الرهن على الشيء المبذول يطلق أيضًا على العقد ، وعليه عرّفه بعضهم بقوله : عقد لازم لا ينقل الملك ، قصد به التوثق فى الحقوق (اهـ) وهو الذى تعتبر فيه الأركان ، فقولنا :

● (وركنه) : أى أركانه — باعتبار إطلاقه على العقد فيكون فيه استخدام — وهى أربعة :

(عَاقِدٌ) من راهن ومرتهن .

(ومَرْهُونٌ) وهو المال المبذول .

قوله : [إذ لا يتم إلا به]: لأنه لو طرأ له مانع قبل أخذه لكان أسوة الغرماء .

قوله : [توثقا به] : أخرج بهذا القيد الوديعة والمصنوع عند صانعه وقبض المجنى عليه عبد جنى عليه .

قوله : [أو دين صائر إلى اللزوم] : أى ولذا صح فى الجعل ولم يصح فى كتابه من أجنبى كما يأتى .

قوله : [فيكون الرهن فى القيمة] : أى ويكون له حبسه حتى يستوفى حقه منه أو من منافعه .

قوله : [لا ينقل الملك] : أى بل الرهن باق على مالك الراهن ولذلك كانت غلته له ونفقته عليه .

قوله : [فيكون فيه استخدام] : أى لكونه ذكر الرهن أولا بالمعنى الاسمى الذى هو الشيء المتمول وأعاد عليه الضمير بالمعنى المصدرى الذى هو العقد اللازم .

قوله : [وهى أربعة] : أى إجمالا ، وأما تفصيلا فخمسة لأن العاقد تحته شيئان .

قوله : [عاقد] : هو وما عطف عليه خبر عن قوله وركنه .

وقوله : [وهى أربعة] : جملة معترضة بين المبتدأ والخبر قصد بها بيان عدة الأركان .

(ومَرْهُونٌ به) : أى فيه وهو الدين المذكور .

(وصِيغَةٌ كالبَيْعِ) ظاهره أنه يكفى ما يدل على الرضا ، وقال ابن القاسم . لا بد فيها من اللفظ الصريح .

* (ولو) كان المتمول ملتبسًا (بِغَرَرٍ كآبِقٍ وثَمَرَةٍ لم يَبْدُ صَلاَحُها) فإنه يصح رهنه لجواز ترك الرهن من أصله ، فشيء يتوثق به خير من عدمه . والمراد : غرر خفيف ، فإن اشتد فلا يصح رهنه ؛ كالجنين كما سيأتى ،

قوله : [أى فيه] : جعل الباء بمعنى فى الظرفية ويصح جعل الباء سببية .

قوله : [وقال ابن القاسم لابد فيها من اللفظ الصريح] : ابن عرفة . الخلاف بين ابن القاسم وأشهب : هل يفتقر الرهن للتصريح به أم لا ؟ ولو دفع رجل إلى آخر سلعة ولم يزد على قوله : أمسكها حتى أدفع لك حقك ، كان رهنًا عند أشهب لا ابن القاسم (اهـ) أى فعند ابن القاسم : لا يختص المرتهن بالرهن بل يكون أسوة الغرماء ولو حازه وسيأتى ذلك .

قوله : [متلبسًا بغرر] : أى لأنه يحتمل وجوده وقت الرهن وعدمه وعلى فرض وجوده ويحتمل أن يقبض وألا يقبض .

قوله : [وثمرة لم يبد صلاحها] : مثلها الزرع بل يجوز رهن ما ذكر ولو لم يوجد كما عزاه ابن عرفة لظاهر الروايات . وحيث قلتم بجواز ذلك وحصل عقد الرهنية عليه انتظر بدو صلاحه ليباع فى الدين ويحاصص مرتهنه مع الغرماء فى الموت والفلس حيث حصلا قبل بدوّ الصلاح . فإذا صلح الرهن بيع ، فإن وفى رد للغرماء ما أخذه فى المحاصة ، وإلا يف الرهن بدينه قدر محاصا للغرماء بما بقى له من دينه بعد اختصاصه بما أخذه من الثمن لا بالجميع ؛ كما لو كان عليه ثلثمائة دينار لثلاثة أنفار ورهن لأحدهم ما لم يبد صلاحه ففلس أو مات فوجد عند الراهن مائة وخمسون ديناراً ، فإن الثلاثة يتحاصون فيها فيأخذ كل خمسين نصف دينه . وإنما دخل المرتهن معهم لأن دينه متعلق بالذمة لابعين الرهن والرهن لايمكن بيعه الآن وإذا حل بيعه ببدو الصلاح بيع واختص المرتهن بالثمن ، فإن كان الثمن مائة رد الخمسين التى كان أخذها ، وكذا ما زاد على المائة إن بيعت بأكثر لتبين أنه لايستحقها . وإن بيعت بأقل كخمسين اختص بها وقدر محاصا

ثم إن حاز المرتهن الآبق ونحوه قبل المانع تم الرهن واختص به ، وإلا كان أسوة الغرماء .

. (أو) كان (كِتَابَةُ مُكَاتِبٍ) فيصح رهنها (وخِدْمَةُ مُدَبَّرٍ) مثله المعتق لأجل وولد أم الولد فيصح رهنها (واستَوْفَى) الدين (منهما) : أى من الكتابة والخدمة (فَإِنْ رُقَّ) المكاتب بأن عجز

بالخمسين الباقية له من دينه ، فليس له من المائة والخمسين إلا ثلاثون وثمن الثمرة يجتمع له ثمانون ويرد لصاحبيه عشرين لكل عشرة من الخمسين فيصير لكل منهما ستون كذا فى الأصل .

قوله : [ثم إن حاز المرتهن الآبق ونحوه] إلخ : أى وأما لو أبق بعد الحيازة ففى الخرشى و(عب) : يستوى الغرماء فيه وهو آبق . ورده (بن) بأنه متى حيز لا يبطل حق المرتهن منه إلا رجوعه لسيده مع علم المرتهن وسكوته .

قوله : [فيصح رهنها] : أى بناء على صحة رهن المكاتب .

قوله : [وولد أم الولد] : المراد به الولد الذى يحدث من الجارية من زنا أو زواج بعد أن ولدت من سيدها .

قوله : [أى من الكتابة والخدمة] : أى من نجوم الكتابة فى المكاتب وثمن الخدمة فى المدبر والمعتق لأجل وولد أم الولد إذا لم يدفع له الراهن دينه .

قوله : [فإن رق المكاتب] : حاصله أنه إذا رهن السيد خدمة المدبر فمات السيد وعليه دين سابق على التدبير أو لاحق ورق المدبر أو جزء منه ، فإن المرتهن يستوفى دينه من ثمن ذلك الجزء الذى رق ، كما أنه إذا عجز المكاتب استوفى من رقبته . وأما رهن رقبة المدبر ليباع فى حياة السيد فلا يجوز حيث تأخر الدين عن التدبير ، بخلاف دين تقدم أو على أن يباع بعد موت سيده فيصح رهنه . واختلف إذا رهن رقبة المدبر ليباع فى حياة السيد فى دين متأخر ، هل يبطل الرهن من أصله أو ينتقل لخدمته ؟ قولان ، الراجح الأول . كظهور حبس دار رهنت رقبتها على أنها ملك لراهنها وثبت حبسها عليه ، فهل ينتقل الراهن لمنفعتها لأن المنفعة كجزء منها ؟ وظاهر كلامهم أنه الراجح ، أو يبطل الرهن ولا يعود لمنفعتها؟ وأما إن ظهرت حبساً على غير الراهن أو انتقل الحق لغيره بموت أو بانقضاء مدة معينة شرطها له الواقف فلا ينتقل الرهن لمنفعتها قطعاً . هذا ملخص ما فى الأصل .

أو المدبر بعد موت سيده أو رق جزء منه (فَثَمَنُهُ): يستوفى : أى من رقبته بأن يباع .

(أو) كان (غلةُ نَحْوِ دَارٍ) : كحانوت ودابة ويستوفى منها (أو) كان (جُزْءاً مُشاعاً) فى دار أو دابة أو ثوب ونحو ذلك فيصح رهنه .

● (وحَازَ) المرتهن (الجَمِيعَ) : أى جميع المشاع ما رهن وما لم يرهن بالقضاء ليتم الرهن وإلا لجالت يد الراهن فيه مع المرتهن فيبطل الرهن وهذا (إنْ كَانَ) الجزء (البَاقى للرَّاهِنِ) ، فإن كان لغيره كفى حوز الجزء المرهون من ذلك المشاع ، لأن جولان يد غير الراهن لا يضر فى الحوز .

(وله) : أى للراهن الذى رهن الجزء المشاع وكان الباقى لغيره (استِئْجَارُ جُزْءِ شَرِيكِهِ) ولكن لا يمكّن من وضع يده عليه (ويَقْبِضُهُ) : أى يقبض أجرته (المُرْتَهِنُ) لئلا يبطل حوزه بجولان يده عليه (لَهُ) : أى للراهن المستأجر بجزء شريكه .

قوله : [أو المدبر بعد موت سيده] : أى بأن لم يحمله الثلث .

وقوله : [أو رق جزء منه] : أى بأن حمل الثلث بعضه .

قوله : [أو كان جزءا مشاعاً] : أى فيصح رهن الجزء المشاع كنصف وثلث خلافاً لمن قال : لايصح رهن المشاع ولا هبته ولا وقفه كالحنفية . ولا يلزم الراهن للجزء المشاع استئذان شريكه إذ لاضرر على الشريك لعدم تعلق الرهن بحصته ، هذا قول ابن القاسم المشهور، نعم يندب الاستئذان لما فيه من جبر الخواطر فللشريك الذى لم يرهن أن يقسم ويبيع ويسلم للمشترى بغير إذن شريكه .

قوله : [أى يقبض أجرته المرتهن] : أى ويسلمها له وكذا يؤاجر له الجزء المرتهن ولا يؤاجره هو فإنه فى حكم الجولان .

● تنبيه : لو رهن أحد الشريكين حصته من أجنبى وأمن الراهن والمرتهن الشريك الآخر فرهن الشريك الأمين حصته للمرتهن الأول وأمن الأمين والمرتهن الراهن الأول على هذه الحصة الثانية ، بطل حوزهما للحصتين معاً لجولان يد الراهن الأول على ما رهنه ، لأنه أمين على حصة شريكه الراهن الثانى وهى شائعة ، فيلزم منه أن حصته تحت يده والثانى يده جائلة أولا على حصة شريكه لاستئمان الأول ، فلو جعل حصة الثانى تحت يد أجنبى بطل رهن الثانى فقط .

* (وجَازَ) للراهن (رَهْنُ فَضْلَتِهِ) : أى الجزء الباقى من المشاع فى دين آخر (برِضَا) المرتهن (الأول) لا بغير رضاه (وحَازَهُ) الأول (لَهُ) : أى للثانى فيكون أمينًا فيه .

(و) لذا (لا يَضْمَنُهُ) إن ضاع منه : أى ادعى ضياع الرهن بلا بينة ولا تفريط ، وهو مما يغاب عليه فإنه لا يضمن إلا ما يخصه .

(فإنْ حَلَّ أحَدُهُمَا) : أى الدينين (أوَّلاً) قبل الآخر (قسِمَ) الرهن وأعطى لمن حل دينه منابه ليستوفى منه إذا لم يوفه المدين دينه (إنْ أمْكَنَ) قســمه (بلا ضَرَرٍ ، وإلاَّ) يمكن أو يمكن بضرر (بيع) الرهن جميعه

قوله : [برضا المرتهن الأول] : ويلزم من رضاه علمه فلابد من علمه ورضاه. وهذا إذا رهن الفضلة لغير المرتهن الأول ، أما لو رهنها له فلابد أن يكون أجل الدين الثانى مساوياً للأول لا أقل ولا أكثر ، وإلا منع ؛ لأنه إذا كان أجل الثانى أبعد من الأجل الأول يباع الرهن عند انقضاء أجل الأول ويقضى الدينان فيتعجل الدين الثانى قبل أجله وهو سلف ، وإن كان أجل الثانى أقرب من الأجل الأول يباع الرهن عند انقضاء أجل الثانى ويقضى الدينان فيعجل الدين الأول قبل أجله وهو سلف . فإن كان الدين الأول من بيع لزم اجتماع بيع وسلف ، وإن كان من قرض لزم : أسلفنى وأسلفك ، فتحصل أن الفضلة إما أن ترهن للأول أو لغيره ، فإن رهنت للأول فلابد من تساوى الدينين أجلا، وإن رهنت لغيره جاز مطلقاً ، تساوى الأجلان أم لا ، بشرط علم الحائز لها ورضاه سواء كان هو المرتهن الأول أو أمين غيره . وإنما اشترط رضا الحائز كان هو المرتهن أو غيره لأجل أن يصير حائزاً للثانى .

قوله : [فإنه لايضمن إلا ما يخصه] : أى كحاله قبل الرهنية .

قوله : [فإن حل أحدهما] إلخ : لم يتعرض لحكم ما إذا تساوى الدينان فى الأجل لوضوحه .

قوله : [وأعطى لمن حل دينه منابه] : أى ويدفع لصاحب الدين الذى لم يحل قدر ما ينوبه يبقى رهناً عنده .

(وقَضِيَا) : أى الدينان معًا .

(و) جاز رهن (أمٍّ دُونَ) رهن (وَلَدِهَا) الصغير معها (وعَكْسُهُ) : إذ ليس فى الرهن انتقال ملك (وحَازَهُمَا) فى المسألتين (المُرْتَهِنُ) لعدم جواز التفريق .

(و) جاز رهن شىء (مُسْتَأْجَرٍ) لمن استأجره .

(و) رهن حائط (مساقًى) للعامل (وحَوْزُهُمَا الأوّلُ كَافٍ) : عن حوزتان للرهن ، وكذا يجوز رهنهما عند غيرهما إن جعل المرتهن مع العامل أمينًا ، أو يجعلانه معًا تحت أمين ويجعل المرتهن يده مع الأجير أو أمينًا معه .

قوله : [وقضيا] : وصفة القضاء أن يقضى الدين الأول كله أولا لتقدم الحق ثم ما بقى للثانى .

قوله : [وجاز رهن أم دون رهن ولدها] : أى ولا يلزم من الرهن بيعها دون ولدها فإن احتيج للبيع بيعت مع ولدها وإن لم يكن داخلا فى الرهنية ، لكن مثّل فى المجموع للرهن الفاسد بقوله : وليس الولد رهناً مع أمه ، فانظره معها — قاله الشيخ .

قوله : [وحازهما فى المسألتين المرتهن] : وكفى الحوز هنا لكونهما فى ملك واحد وهو الراهن .

قوله : [وجاز رهن شىء مستأجر] إلخ : أى فإذا استأجر زيد داراً من ربها شهراً مثلا جاز لربها إذا تداين من زيد دينا أن يرهنه تلك الدار قبل انقضاء مدة الإجارة .

قوله : [ورهن حائط مساقى] إلخ : صورتها : زيد نزل مساقى فى حائط سنة مثلا ، فإذا تداين ربها منه ديناً جاز له أن يرهنه تلك الحائط فى مدة المساقاة حتى يستوفى دينه .

قوله : [عند غيرهما] : أى غير المستأجر والمساقى بأن يكون رب الدار ورب الحائط تداينا من غيرهما وأرادارهن الدار أو الحائط لذلك الغير .

قوله : [أو يجعلانه] : أى المرتهن والعامل .

قوله : [ويجعل المرتهن] إلخ : معطوف على قوله « : إن جعل » فهو راجع لمفهوم المتن على سبيل اللف والنشر المشوّش ابن يونس عن الموازية . من ساقى

(و) جاز رهن (مِثْلِيٍّ) : من مكيل أو موزون أو معدود (ولو عَيْنًا) مسكوكة ، ومحل الجواز) إنْ طُبِعَ عَلَيْهِ) طبعًا محكمًا — سدًّا للذريعة لئلا يقصد به السلف مع تسميته رهنًا ، والسلف مع الدين لا يجوز — وهذا إن وضع تحت يد المرتهن (أو) لم يطبع عليه و (كَانَ تَحْتَ أَمِينٍ) لانتفاء العلة المتقدمة .

(و) جاز رهن (دَيْنٍ) على إنسان (وَلَوْ) كان (على المُرْتَهِنِ) له ؛

حائطه ثم رهنه فليجعل المرتهن مع المساقى رجلا أو يجعلانه على يد عدل ، قال مالك : وجعله بيد المساقى أو أجير له يبطل رهنه (اهـ) لأن يد المساقى والأجير بمنزلة يد الرهن فى الجملة ولو كانت مثلها من كل وجه لما كفى الأمين معهما — فتأمل .

قوله : [من طبع عليه] : أى لو غير عين وإنما بولغ على غير العين لأن العين تتسارع الأيدى إليها أكثر فيتوهم لزوم الطبع عليها دون غيرها . والحاصل : أن المثلى غير العين فيه خلاف بين ابن القاسم وأشهب ، فابن القاسم فى المدونة يقول بوجوب الطبع ، وأشهب يقول بعدمه ، واتفقا على أن العين لايجوز رهنها إلا بالطبع عليها — هذه طريقة المازرى وابن الحاجب . وأما ابن يونس والباجى وابن شاس فلم يذكروا عن أشهب إلا استحباب الطبع على العين ، إذ لافرق عنده بين العين وغيرها فى عدم اشتراط الطبع . ومذهب المدونة الذى هو المشهور أن جميع المثليات لاترهن إلا مطبوعاً عليها قاله . (ح) .

قوله : [سدًّا للذريعة] : علة لمحذوف أى وإنما اشترط الطبع عليه سدًّا إلخ وقوله : « لئلا يقصد » إلخ علة للمعلول مع علته .

قوله : [والسلف مع الدين لايجوز] : أى سواء كان السلف مشترطاً فى عقد المداينة أو متطوعاً به بعدها لأنه إن كان مشترطاً كان بيعاً وسلفاً إن كان الدين من بيع وأسلفنى وأسلفك إن كان من قرض وإن كان السلف متطوعاً به فهدية مديان : وظاهر كلام المصنف والأصل أن الطبع شرط لجواز الرهن ؛ وعليه فإذا لم يطبع عليه لا يجوز رهنه ابتداء ولكنه يصح ويكون المرتهن أحق به قبل الطبع إن حصل مانع وهو المعتمد .

كأن يتسلف أو يشترى المسلم سلعة من المسلم إليه ويجعل المسلم فيه رهناً فى ذلك الدين .

* (و) جاز رهن الشيء (المُسْتَعَارُ للرَّهْنِ) : أى لأجله أو ليرهنه فى دين عليه ، فإن وفّى المستعير دينه رجع الرهن لصاحبه المعير .

(و) إن لم يوفِّ وبيع الرهن فى الدين (رَجَعَ صَاحِبُهُ) المعير على المستعير (بقِيمَتِهِ) يوم استعاره ، وقيل يوم رهنه .

(و) رجع (بِثَمَنِهِ) الذى بيع به (إنْ بِيعَ) فى الدين ، و « أو » لتنويع الخلاف ، نُقِلَتْ المدونة عليهما كما قال الشيخ .

(وضَمِنَ) المستعير : أى تعلق به الضمان ولو كان مما لا يغاب عليه كعبد أو قامت على ضياعه بلا تفريط بينة (إنْ رَهَنَهُ فى غيرِ مَا أذنَ لَهُ فيهِ) : كأن استعاره ليرهنه فى دين عين فرهنه فى عرض أو طعام (فَلِرَبِّهِ أخذُهُ إنْ وَجَدَهُ قَائِماً) لم يتغير فى ذاته عن المرتهن (وإلا) يجده قائماً (فقِيمَتُهُ) تلزم المستعير مطلقاً (ولو كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ أو هَلَكَ بِبَيِّنَةٍ) .

قوله : [كأن يتسلف] : مثال لما إذا كان الدين على المرتهن . ومثال ما قبل المبالغة أن يشترى زيد سلعة من عمرو بثمن لأجل ولزيد دين على بكر فيقول زيد لعمرو : جعلت الدين الذى لى على بكر رهناً تحت يدك حتى يأتيك الثمن .

قوله : [وقيل يوم رهنه] : تظهر فائدة الخلاف فيما إذا كان يوم الرهن متأخراً عن يوم الاستعارة وكانت القيمة يوم الرهن أزيد أو أنقص من القيمة يوم الاستعارة .

قوله : [نقلت المدونة عليهما] : أى رويت المدونة على كل من القولين ، فرواها يحيى بن عمر بقيمته ، ورواها غيره يتبع المعير المستعير بما أدى من ثمن سلعته . ولما اختصرها البراذعى اقتصر على القول الثانى ولما اختصرها ابن أبى زيد اقتصر على الأول .

قوله : [أى تعلق به الضمان] : أى إن للمعير تضمينه قيمته ولو لم يتلف لتعديه وله أخذه من المرتهن وتبطل العارية — كذا قال (عب) ، ونحوه للشيخ سالم والأجهورى وابن عاشر . والصواب ما أفاده (ح) والمواق والخرشى : أن ضمان العداء يتعلق به بحيث إذا هلك أو سرق يضمنه عملا بإقراره بالتعدى ، كان مما يغاب عليه أم لا ، قامت على هلاكه بينة أم لا . وأما إذا كان قائماً فلا سبيل إلى تضمينه بل

• (و) جاز رهن (مِنْ مُكَاتَبٍ) في دين عليه .

(و) عبد (مَأْذُونٍ) له في التجارة ، لأن الرهن من تعليقات التجارة والمكاتب أحرز نفسه وماله ولو لم يأذن لهما السيد بخلاف الضمان فلا يجوز لهما إلا بإذن لأنه ليس من تعلقات التجارة ، وربما أدى لعجز الأول .

(و) جاز رهن (مِنْ وَلِيِّ مَحْجُورٍ) كأب أو وصي أو غيرهما من مال المحجور في دين على المحجور تداينه الولي له (لمصْلَحَةٍ) : من طعامه وكسوته ونحو ذلك من الأمور الضرورية .

• (لا) يجوز (مِنْ كأَحَدِ وَصِيَّيْنِ) أدخلَتْ الكافُ الوكيلين والقيمين ،

يأخذه ربه وتبطل العارية ، مثل ما يأتي في الغصب في قولهم : وضمن الغاصب بالاستيلاء ، وهو المأخوذ من شارحنا . والظاهر أن تضمينه القيمة هنا يكون يوم الارتهان لأنه وقت التعدي .

قوله : [وجاز رهن من مكاتب] : أي فله أن يرهن إذا تداين أو اشترى بالدين ويرهن لسيده في نجوم الكتابة كما يأتي عن المدونة والموازية خلافاً لابن الحاجب .

قوله : [لأنه ليس من تعلقات التجارة] : هنا راجع للمأذون له في التجارة .

وقوله : [والمكاتب أحرز نفسه . وماله] : راجع للمكاتب فهو ، لف ونشر مشوش . وهذا التعليل خير من التعليل بحصول الاشتغال به في التفتيش على المضمون والمحافظة عليه خوفاً من هروبه ، فإن (بن) اعترضه بأنهما لم يلزمهما خدمة سيدهما وحينئذ فهما لايشتغلان عن مصالح السيد بل عن مصالح أنفسهما . وأجاب بأن الأولى في الفرق بين الرهن والضمان أن الرهن معاوضة والضمان تبرع وهما مأذون لهما في المعاوضات دون التبرعات ، فجواب (بن) هو عين ما علل به شارحنا .

قوله : [أو غيرهما] : أي كمقدم القاضي .

قوله : [لمصلحة] : أي تعود على المحجور ، والظاهر أن الولي محمول على النظر والمصلحة في رهن مال المحجوز ولو عقاراً ولا يكلفه الحاكم بيان السبب بخلاف البيع لعقار المحجور ، فإنه لايحمل على النظر والمصلحة حتى يثبتها عند الحاكم .

لأنه لا يجوز لأحدهما تصرف برهن أو بيع أو غيره إلا بإذن الآخر .

● (ولَـزِمَ) الرهن بمعنى العقد (بالقَـوْلِ) : أى الصيغة فللمرتهن مطالبة الراهن ويقضى له به .

(ولا يتِـمُّ) الرهن (إلا بالقَبْض) : فقبله يكون أسوة الغرماء وبعده يختص به المرتهن عنهم وعن غيرهم كمؤن التجهيز .

● (والغَلَّـةُ) : أى غلة الرهن من كراء وغيره (للرَّاهِنِ) لا للمرتهن .

(وتَـوَلاَّهَـا) : أى الغلة (المُرْتَهِـنُ لَـهُ) : أى للراهن (بإذْنِـهِ) لئلا تجول يد الراهن فى الرهن بتوليه قبضها فيبطل . واحتيج لإذنه قطعاً للمنازعة فى المستقبل لئلا يدعى عليه الراهن أنه أكرى ما يساوى عشرة بخمسة ونحو ذلك .

● (وبَطَـلَ) الرهن بمعنى العقد

قوله : [إلا بإذن الآخر] : أى حيث لم يجعل لكل الاستقلال وإلا جاز .

قوله : [بالقول] : اختلف هل يفتقر الرهن للفظ مصرح به فلو دفع رجل إلى آخر سلعة ، ولم يزد على قوله : أمسكها حتى أدفع لك حقك ، هل تكون رهناً بمجرد هذا اللفظ أولابد من التصريح بالرهنية ؟ فقال أشهب : تكون رهناً . وقال ابن القاسم : لاتكون رهنا إلا بالتصريح .

قوله : [ولا يتم الرهن إلا بالقبض] : أى قبل المانع ، وأما القبض بعد المانع فلا يفيد كما يأتى .

قوله : [كمؤن التجهيز] : بيان للغير ومعناه : أن الرهن إذا مات وقد حاز المرتهن الرهن قبل الموت فإن المرتهن يختص به فى دينه ولا يباع فى مؤن التجهيز .

قوله : [للراهن] : أى ويجوز شرطها للمرتهن إن عينت ببيع لاقرض كما يأتى .

قوله : [قطعاً للمنازعة] : مفعول لأجله علة لقوله « احتيج» .

قوله : [وبطل الرهن] إلخ : ظاهره : ولو أسقط الشرط والفرق بين الرهن والبيع المصاحب للشرط المناقض فإنه يصح إذا سقط الشرط إن قبض الرهن وبيعه إذا احتاج له كل منهما مأخوذ جزءاً من حقيقة الرهن ، والأمر المناقض لهما مناقض للحقيقة . وأما شرط عدم التصرف فى المبيع مثلا فهو مناقض لما

(بشَرْطٍ) حِينَهُ (مُنَافٍ) لما يقتضيه العقد ، إذ القاعدة أن كل عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له (كان) أى شرط أن (لاَ يَقْبِضَهُ) من راهنه (أَوْ) شرط أن (لاَ يبيعَهُ عِنْدَ الأجَلِ) .

* (و) بطل (بجَعْلِهِ) : أى الرهن (فِى) بيع أو قرض (فاسِدٍ) ظن لزومه أو لم يظن فيأخذه ربه وتعين فسخ الفاسد (إلاّ أنْ يَفُوتَ) الفاسد بفوت (فَفِى) : أى فيصح جعل ذلك الرهن فى (عِوَضِهِ) من قيمة أو مثل أو ثمن ، كمختلف فيه يفوت بالثمن . وقيل : برد الرهن لفساده مطلقاً ولو مع الفوات ويكون أسوة الغرماء لوقوعه فاسداً ، وهو ظاهر إطلاق كلام الشيخ ..

يترتب على البيع لا لنفس حقيقته . وإنما قال : « بمعنى العقد » لأنه الذى يتصف بالبطلان لا المال المدفوع للتوثق . ومحل البطلان ما لم يكن مشترطاً فى دين صحيح أو فاسد فات ، وإلا فلا بطلان كما يفيده الأجهورى فى نظمه الآتى .

قوله : [بشرط حينه] : أى حين العقد ومفهوم أنه لو وقع الشرط المنافى بعد العقد لا يعتبر بل هو لاغ والرهن صحيح .

قوله : [لما يقتضيه العقد] : أى من الأحكام فعقد الرهن يقتضى أنه يباع إذا لم يوف الراهن الدين وأنه يقبض عند المرتهن أو عند أمين ، فإن شرط خلاف ذلك كان مناقضاً ورافعاً للحقيقة .

قوله : [فى بيع أو قرض فاسد] : مثال الفاسد من البيع : البيع الواقع وقت نداء جمعة أو لأجل مجهول ، والقرض الفاسد : كدفع عفن فى جيد .

قوله : [أو لم يظن] : أى سواء اشترط أولا فلا مفهوم لقول خليل باشتراطه فى بيع فاسد ظن فيه اللزوم .

قوله : [كمختلف فيه] إلخ : مثال للذى يفوت بالثمن .

قوله : [لفساده] : أى باعتبار ما صاحبه من البيع والقرض الفاسدين وإلا فالرهن ليس بفاسد .

قوله : [وهو ظاهر إطلاق كلام الشيخ] : أى لأن الشيخ لم يقيد البطلان بفوات ولا بعدمه ويؤيد الطريقة الأولى قول المجموع ، وإن وقع فى فاسد نقل لعوض الفائت ولو غير مشترط حيث صح نفس الرهن ، وما أحسن قول (عج) :

* (و) بطل بجعله (فِي قَرْضٍ جَدِيدٍ) اقترضه من إنسان له عليه دين قبله وجعل ذلك الرهن فيه (مع دَيْنٍ قَدِيمٍ) من قرض أو بيع ؛ أى جعله فيهما معاً ، لأنه سلف جر نفعاً وهو توثقة فى القديم بالرهن ، فيردّ لربه ويبقيان بلا رهن .

(و) إذا حصل مانع للراهن قبل رده له (اخْتَصَّ بِهِ) : أى بالرهن الدين (الجَدِيدُ) دون القديم : أى فيكون المرتهن أحق به فى الجديد فقط ويحاصص بالقديم ، وهذا هو المراد بقول الشيخ : «وصح فى الجديد» ، فمراده بالصحة : الاختصاص ، لا الصحة المقابلة للفساد فاندفع قول الحطاب : كلام المصنف نص فى صحة الرهن ولم أقف على ذلك لغيره (اه) .

وفاسد الرهن فيما صح أوعوض لفاسد فات فانقله إذا اشترطا
وإن يكن صح لا ما فيه فهو إذن فى عوضه مطلقاً إن فات فاغتبطا (اه)

● تنبيه : من جنى خطأ جناية تحملها العاقلة وظن أن الدية تلزمه بانفراده فأعطى بها رهناً ثم علم أن جميعها لا يلزمه ، حلف أنه ظن لزوم الدية وما علم عدم اللزوم ، ورجع فى رهنه من حصة العاقلة إلى جعله فى حصته فقط . وأما لو علم لزوم الدية للعاقلة ورهن فإنه يكون فى جميع الدية .

قوله : [وبطل بجعله فى قرض جديد] إلخ : اعلم أن محل فساد الرهن إذا كان المدين معسراً به أو كان الدين القديم مؤجلا حين أخذ الرهن . أما لو كان حالا أو حل أجله صح ذلك إن كان الغريم مليئاً مقدوراً على الخلاص منه ، لأن رب الدين لما كان قادراً على أخذ دينه ، كان تأخيره كابتداء سلف . وكذا لو كان الغريم عديماً وكان الرهن له ولم يكن عليه محيط لأنه حينئذ كالملىء (اه — بن) ومفهوم قول المصنف : «فى قرض» أنه لو كان فى بيع جديد لصح فى البيع الجديد والقديم — كذا فى (عب) تبعاً لاستظهار (ح) قال (بن) : وهو تصور ؛ فقد صرح ابن القاسم بالحرمة كما فى المواق وكذا أبو الحسن فى كتاب الفلس ؛ قال : إن دين البيع مثل دين القرض فى الفساد (اه) .

قوله : [فمراده بالصحة الاختصاص] : أى بعد الوقوع لا أنه يصح ابتداء بل يؤمر برده .

• (و) بطل الرهن (بِمَانِعٍ) : أى بحصول مانع (كَمَوْتِ الرَّاهِنِ أو فَلَسِهِ) أو جنونه أو مرضه المتصل بموته (قَبْلَ حَوْزِهِ) : متعلق بحصول المقدرهذا إذا فرّط المرتهن فى طلبه بل (وَلَوْ جَدَّ فِيهِ) فحصل المانع قبل حوزه ؛ بخلاف الهبة والصدقة فإن الجدّ فى حوزهما يفيد لأنهما خرجا عن ملكه بالقول والرهن لم يخرج عنه .

• (و) بطل (بِإِذْنِهِ) : أى إذن المرتهن للراهن (فى وَطْءٍ) لجارية مرهونة (أو) فى (سُكْنَى) لدار مرهونة (أو) فى (إِجَارَةٍ) لذات مرهونة والبطلان (وَلَوْ لَمْ يَفْعَلِ) الراهن ما ذكر من الوطء وما بعده ، فهو أعم من قوله : « ولو لم يسكن » . وتقدم أن المنافع للراهن وأن المرتهن يتولاها للراهن بإذنه . وعبارة المدونة : لو أذن المرتهن للراهن أن يسكن أو يكرى فقد خرجت الدار من الرهن

قوله : [أو فلسه] : أى ولو بالمعنى الأعم وهو قيام الغرماء ومنعه من التصرف فى ماله لا بمجرد إحاطة الدين فلا يبطل الرهن به من غير قيام الغرماء .

قوله : [أو مرضه] : أى والحوز فى حالة المرض والجنون لا ينفع .

قوله : [وبطل بإذنه] إلخ : أى بطلاناً غير تام ولا يتم إلا بالفوات كما يأتى فى قوله : « إن فات » . واعلم أن الإذن فى الوطء وما بعده قيل إنه مبطل للحوز فقط — وهو الذى مشى عليه شارحنا — وقيل : للرهن من أصله وعلى الأول للمرتهن بعد الإذن وقبل المانع رد الرهن لحوزه بالقضاء على الراهن وعلى الثانى ليس له رده لبطلانه ، وسواء كان الراهن المأذون له فى الوطء بالغاً أو غير بالغ بجولان يده فى أمة الرهن وإن كان وطء غير البالغ ليس معتبراً فى غير هذا المحل .

قوله : [أو فى سكنى] : أى أو إسكان الغير .

قوله : [أو فى إجارة لذات مرهونة] : أى كانت تلك الذات عقاراً أو حيواناً أو عروضاً .

قوله : [ولو لم يفعل] : رد بـ«لو» على أشهب القائل بأنه لا يبطل الرهن بمجرد الإذن فيما ذكر بل حتى يطأ أو يسكن أو يؤاجر بالفعل .

قوله : [وأن المرتهن يتولاها للراهن] : أى إن كان يمكن ذلك شرعاً، وأما نحو الاستمتاع بالجارية فهذا لايكون للراهن ولا للمرتهن ما دامت مرهونة .

وإن لم يسكن أو يكرى ، نعم الإذن فى الوطء إذا لم يطأ فيه خلاف فقيل لا يبطله إلا إذا وطئ بالفعل لا إن لم يطأ ، والقياس على الدار : البطلان ولو لم يطأ . والشيخ رحمه الله اقتصر على نصها ، فقال : « ولو لم يسكن » فلا اعتراض عليه ويتم البطلان ، (إنْ فَاتَ) الرهن (بنَحْوِ عِتْقٍ) أوكتابة أوعتق لأجل (أو) نحو (بَيْعٍ) كهبة وصدقة وحبس ، فإن لم يفت فللمرتهن أخذه بالقضاء ، قال ابن يونس عن الموازية : من ارتهن رهنًا فقبضه ثم أجره للراهن فقد خرج من الرهن. قال ابن القاسم وأشهب : ثم إن قام المرتهن برده قضى له بذلك (اهـ) وهو ظاهر إذا لم يحصل فوت بما ذكر ، وإذا كان له الرجوع فى رده فيما إذا أجره له فأولى إذا أذن له فى ذلك ، والحاصل أنه إن فات تحقق البطلان ، وكذا إن حصل للراهن مانع قبل رده للمرتهن ، فإن انتفيا فله أخذه من راهنه ويقضى له بذلك (أو) أذن المرتهن لراهنه (فى بَيْعٍ) للرهن (وسَلَّمَهُ) للراهن فيبطل ويبقى الدين بلا رهن ، فإن أذن له فى بيعه ولم يسلمه له وباعه الراهن بطل أيضًا على الراجح ، إلا أن يدعى أنه إنما أذن له فى بيعه ليجيئه بثمنه

قوله : [نعم الإذن فى الوطء] إلخ : هذا الاستدراك لا محل له لما تقدم لك أن الخلاف فى الكل محكى عن أشهب .

قوله : [والشيخ رحمه الله اقتصر على نصها] : قد يقال : إن الشيخ لم يتمم نصها فى السكنى والكراء كما تقدم التنبيه عليه .

قوله : [ويتم البطلان إن فات الرهن] إلخ : أى وكان الراهن موسراً ، وإلا فلا يفوت كما يأتى . وهذا راجع لقوله : « وبطل بإذنه فى وطء » .

قوله : [بما ذكر] : أى من العتق وما معه .

قوله : [وكذا إن حصل للراهن مانع] : أى من الموانع المتقدمة وهى الموت والفلس والجنون والمرض المتصل بموته .

قوله : [فى بيع للرهن] : أى المقبوض عنده سواء كان مشترطاً فى صلب العقد أو متطوعاً به .

وحاصل ما قاله الشارح : أنه إذا أذن المرتهن لراهنه فى بيع الرهن المقبوض عنده وسلمه للراهن بطل الرهن وصار الدين بلا رهن بيع بالفعل أم لا ، وأما لو

فالقول له بيمين ، ويكون الثمن رهناً للأجل أو يأتى الراهن بدله برهن كالأول وإن لم يبعه الراهن فللمرتهن التمسك به .

* (و) بطل (بإعَارةٍ) له لراهنه (مُطْلَقَةٍ) : أى لم يشترط فيها الرد قبل الأجل ولم يجر العرف بذلك ولم تقيد بزمن أو عمل ينقض قبله .

(وإلاَّ) تُطْلَق بل وقعت مقيدة بقيد مما ذكر (فلهُ) : أى للمرتهن (أخْذُهُ) من الراهن ويقضى له بهِ .

* (كأنْ عَادَ) الرهن (لرَاهِنِهِ اخْتِيَاراً) من المرتهن بإيداع ونحوه ، ولو بإجارة، فله أخذه ولو قبل مدة الإجارة إن ادعى أنه جهل أن إجارة تطبله وأشبه وحلف.

(إلا أنْ يَفُوتَ) عند راهنه (بعِتْقٍ) من راهنه (أو تَدْبِيرٍ أو حَبْسٍ

أذن فى بيعه ولم يسلمه له وباعه الراهن فإنه يبطل على الراجح إلا أن يدعى أنه إنما أذن له فى البيع ليجيئه بالثمن فيقبل منه بيمين ويكون الثمن رهناً للأجل أو يأتى له برهن بدله ، فإن لم يبعه الراهن فى هذه الحالة فللمرتهن التمسك به .

قوله : [برهن كالأول] : أى فى القيمة وإن لم يكن من جنسه .

قوله : [وبطل بإعارة] : أى لأن ذلك يدل على إسقاط حقه من الرهن .

قوله : [بقيد مما ذكر] : أى التى هى اشتراط الرد وجريان العرف به وتقييدها بالزمن أو العمل المنقضى قبله .

قوله : [كأن عاد الرهن لراهنه اختياراً] : أى بغير عارية لتقدم الكلام عليها .

قوله : [إن ادعى أنه جهل أن الإجارة تبطله] : لا مفهوم لدعوى جهل الإجارة ، فالمناسب أن يقول إن ادعى أنه جهل أن الرد اختياراً يبطله كان الرد بإجارة أوغيرها . فإن قلت : الإجارة للراهن مشكلة لأن الملك والمنفعة له ؟ ويجاب بأنه يفرض فى رهن شرط المرتهن منفعته المعينة لنفسه فى بيع وحيث كان له ذلك كان له إجارته فإذا آجره للمالك كانت إجارته مبطلة للرهن إلا أن يدعى الجهل ويشبه ويحلف عليه كما قال الشارح .

قوله : [أو تدبير] : فيه أن التدبير ليس مانعاً من ابتداء الرهن فكيف يبطله ؟ . وأجيب : بأنه قد انضم له ما هو مبطل للرهن فى الجملة وهو دفعه للراهن اختياراً .

أو قِيَامِ الغُرَمَاءِ) على الراهن ، فيبطل وليس له أخذه ويكون المرتهن أسوة الغرماء فيه ويعجل الدين فى العتق . وما بعده على نهج ما تقدم فى الإذن بالوطء أو السكنى .

(و) إن عاد لراهنه (غَصْبًا) عن المرتهن (فَلَهُ أَخْذُهُ مُطْلَقًا) فات أو لم يفت ويختص به عن الغرماء .

* (وإنْ وَطِئَ) الراهن أمته المرهونة (بلا إذْنٍ) من المرتهن (فَوَلَدُهُ) منها (حرٌّ) لأنها لم تنتقل عن ملكه (وعَجَّلَ) الراهن (المَلِيءُ الدَّيْنَ) للمرتهن (أو قِيمَتَهَا) : أى الأقل من الأمرين يلزمه ، (وإلاَّ) يكن مليئاً بل معسراً (بَقِيَتْ) الأمة المرهونة للأجل (فَتُبَاعُ لَهُ) : أى للدين إن وضعت وإلا أخرت للوضع ويباع بعضها إن وفَّى ووجد من يشترى البعض ،

قوله : [على نهج ما تقدم] : المناسب أن يقول وما تقدم على نهج ما هنا لأن هذه الأحكام لم تتقدم للشارح .

قوله : [فله أخذه مطلقاً] : أى وإذا أخذه وخلص من الرهنية فالظاهر أنه يلزم الراهن ما فعله من عتق أو تدبير أو حبس أو نحو ذلك فى الحاشية وكما أن له أخذه له عدم أخذه ويعجل الدين .

قوله : [فات أو لم يفت] : انظر كيف يكون له أخذه بعد فواته بكالعتق مع ما سيأتى من أن الراهن الموسر إذا أعتق المرهون أو كاتبه فإنه يمضى ، قال (عب) : وقد يفرق بحمل أخذ الراهن من المرتهن غصباً على قصد إبطال الرهنية فعومل بنقيض قصده ، بخلاف عتق العبد وهو عند المرتهن فإنه لم يحصل منه ما يوجب الحمل على إبطال الرهنية ، حتى يعامل بنقيض قصده . قال (بن) : والصواب ما قاله (ح) من تقييد ما هنا بما يأتى أى إن الغاصب هنا يحمل على ما إذا كان معسراً ، وأما لو كان موسراً فلا يؤخذ منه الرهن بل يمضى بما فعله ويعجل الدين .

قوله : [أى الأقل من الأمرين] : أى فإن كانت القيمة أقل عجلها وطولب عند الأجل بباقى الدين وإن كان الدين أقل عجله وبرئت ذمته .

قوله : [ووجد من يشترى البعض] : أى فإن وفى بعضها بالدين ولم يوجد

وهذه أحد المسائل التى تباع فيها أم الولد ، الثانية : أمة المفلس الموقوفة للغرماء يطؤها المفلس . الثالثة : أمة الشركة يطؤها أحد الشريكين بلا إذن الشريك الآخر . الرابعة : جارية من أحاط الدين بماله ومات فوطئها ابنه الوارث . الخامسة: أمة القراض يطؤها العامل . السادسة : جارية وطئها سيدها العالم بجنايتها مع الإعسار ، والولد حر فى الجميع .

من يشتريه بيعت كلها .

قوله : [وهذه أحد المسائل] : هكذا نسخة المؤلف والمناسب وهذه إحدى .

قوله : [فوطئها ابنه الوارث] : أى والحال أن أباه لم يمسها وإلا فيباع الولد أيضًا ، لأنه زناً محض . تأمل .

قوله : [السادسة جارية وطئها سيدها] : هكذا قال الشارح وترك بياضاً . وذكر بعده : والولد حر فى الجميع وتتميم ما ترك له البياض : العالم بجنايتها مع الإعسار فى الكل. وفى (بن) قال ابن غازى : وقد أجاد بعض الأذكياء ممن لقيناه إذ نظم النظائر المذكورة فى التوضيح فى هذا المحل فقال :

تباع عنـــد مالك أم الولـــد	للدين فى ست مسائل تعدّ
وهى إن أحبـــل حـــال علمه	بمانع الوطء وحال عـــدما
مفلس موقوفـــة للغـــرما	وراهـــن مرهونـــة ليغرما
أو ابن مديان إماء التركـــه	أو الشريك أمـــة للشركـــه
أو عامل القراض مما حركه	أو سيد جانية مستهلـــــكه
فى هذه الستة تحمل الأمـــه	حر ولا يدرأ عنها ملأمه
والعكس جاء فى محل فرد	وهـــو حمـــل حرة بعبد
فى العبد يغشى ماله من معتقه	وما درى السيد حتى أعتقـــه
والأم حرة وملك السيـــد	بمثـــل ما فى بطنها من ولـــد

وصورة قوله فى العبد : « يغشى » إلخ أن العبد إذا وطئ جاريته فحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعتقه ، فإنّ عتق العبد أمته ماض وتكون حرة والولد الذى فى بطنها رقيق لأنه للسيد، وقوله: والولد الذى فى بطنها رقيق، حمله بعضهم على ما إذا وضعت الولد قبل عتق السيد العبد الذى أعتقها ، وأما لو كان فى بطنها

● (والقَوْلُ عِنْدَ تَنَازُعِهِما لِطَالِبِ حَوْزِهِ) : أى لمن طلب منهما حوزه (عِنْدَ أَمِينٍ) : لأن الراهن قد يكره وضعه عند المرتهن والمرتهن قد يكره وضعه عنده خوف الضمان إذا تلف أو غير ذلك .

(و) لو اتفقا على وضعه عند أمين واختلفا (فِى تَعْيِينِهِ نَظَرَ الحَاكِمُ) فى الأصلح منهما فيقدمه (وإِنْ سَلَّمَهُ) الأمين لأحدهما (بِلاَ إِذْنٍ) من الآخر فأسلمه (لِلرَّاهِنِ ضَمِنَ) للمرتهن (الدَّيْنَ أَو القِيمَةَ) : أى قيمة الرهن : أى الأقل منهما .

● (و) إن سلمه (لِلْمُرْتَهِنِ) وتلف عنده (ضَمِنَهَا) : أى القيمة للراهن أى تعلق بها ضمانها ؛ فإن كانت قدر الدين سقط الدين وبرئ الأمين ،

حين العتق فإنه يتبع أمه (اهـ) ويضاف للستة على الضابط المتقدم وهو حمل الأمة بحرّ كما فى (ح) المستحقة وهى حامل والأمة الغارة وأمة المكاتب إذا مات وفيها وفاء بالكتابة وله ولد ، فإنه يبيع أمه ويوفى الكتابة (اهـ) وقول الناظم : العكس جاء فى محل فرد إلخ لا مفهوم له فقد يفرض فى أمة حامل وهبها سيدها ، واستثنى حملها ثم إن الموهوب له أعتقها فتصير حرة حاملة برقيق لكون الحمل باقياً على ملك الواهب .

قوله : [لطالب حوزه] : أى وسواء جرت العادة بوضعه عند المرتهن أم لا ، خلافاً لقول اللخمى إذا كانت العادة تسليمه للمرتهن كان القول لمن دعى إليه لأنه كالشرط وإلا فالقول لطالب الأمين . ومحل هذا الخلاف إذا دخلا على السكوت ، وأما لو امتنع المرتهن عند العقد من قبضه فلا يلزمه قبضه ولو كانت العادة وضعه عنده اتفاقاً - كذا فى (بن) .

قوله : [فيقدمه] : فإن استويا فى الصلاحية خير الحاكم .

قوله : [فأسلمه للراهن] : هكذا نسخة المؤلف وصوابه فإن سلمه لأنه تفصيل بعد إجمال

قوله : [ضمن للمرتهن الدين] : أى تعلق به الضمان بحيث إذا تلف يضمن قيمته أو مثله وليس المراد أنه يضمنه بالفعل ولو كان باقياً ، غاية ما هناك يردّ فعله .

وإن زادت على الدين ضمن الزيادة للراهن ورجع بها على المرتهن ، إلا أن تقوم بينة بضياعه بلا تفريط . قال أبو الحسن : لا فرق هنا بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه لأن الأمين والمرتهن متعديان .

● (وجَازَ حَوْزُ مُكَاتِبِ الراهِنِ وأخِيهِ) : وكذا ولده الرشيد المنعزل عنه كما قال سحنون ، ولا يكون حوزهم كحوز الراهن مبطلا للرهن ، لأن المكاتب أحرز نفسه وماله والأخ والابن الكبير المنعزل لا تجول يد الراهن على أموالهم (لا) حوز (مَحْجُورِهِ) لصغر أو سفه أو زوجية أو رق فلا يجوز والمكاتب لا حجر عليه للسيد .

قوله : [وإن زادت على الدين] إلخ : سكت عما إذا كانت القيمة أقل من الدين . والحكم أن يحط عن الراهن من الدين بقدر قيمة الرهن : ولا غرم على الأمين فى هذه الحالة؛ ثم إن محل تضمين الأمين الزيادة إذا سلم الرهن للمرتهن بعد الأجل ؛ أو قبله ولم يطلع الراهن على ذلك حتى حل الأجل، وأما إن علم به قبل الأجل فإن للراهن أن يغرم القيمة أيهما شاء لأنهما متعديان عليه. هذا بأخذه وهذا بدفعه وتوقف تلك القيمة على يد أمين غيرهما للأجل، وللراهن أن يأتى برهن كالأول ويأخذ القيمة .

قوله : [إلا أن تقوم بينة] إلخ : الحق أن الأمين يغرم تلك الزيادة ويرجع بها على المرتهن كان الرهن مما يغاب عليه أم لا قامت بينة على هلاكه بدون تفريط أم لا، وذلك لأن الأمين متعد بالدفع للمرتهن والمرتهن متعد بأخذه ـ كذا فى حاشية الأصل تبعاً لـ (بن) . والحاشية ويؤيد هذا النقل قول الشارح بعد ذلك : « قال أبو الحسن » إلخ .

قوله : [المنعزل] : المراد به ما ليس تحت الحجر بل هو مستقل بالتصرف ولو كان مشاركاً لأبيه فى الأموال .

قوله : [أو رق] : شمل المدبر ولو مرض السيد ، والمعتق لأجل ولو قرب الأجل ، وشمل القن المأذون له فى التجارة .

قوله : [كأن يعاقده] : صورتها أن يقول شخص لآخر : خذ هذا الشىء عندك رهناً على ما أقترضه منك أو على ما يقترضه منك فلان أو على ثمن ما تبيعه

(و) جاز (ارتِهانٌ قَبْلَ الدَّيْنِ) من قرض أو بيع كأن يعاقده على دفع رهن الآن ليقترض منه فى غد كذا أو يشترى منه سلعة ويكون الرهن فى ذلك الدين ، فإذا قبض الرهن الآن وحصل الدين فى المستقبل لزم الرهن ولا يحتاج لقبض آخر وإن لم يقبضه لزمه دفعه بعد الدين .

(و) جاز الارتهان وتسليمه (عَلَى مَا يَلْزَمُ) المؤجر من الأجرة (بِعَمَلٍ) أى بسبب عمل يعمله الأجير له بنفسه أو دابته مثلا ، كأن يؤجره على خياطة أو نجارة باب أو نسج ثوب أو حراسة أو خدمة بعشرة مثلا على أن يدفع للأجير رهنًا فى نظير ما يلزم المؤجر من الأجرة ؛ وكذا يجوز للأجير إذا دفع المستأجر له الأجرة قبل العمل وخاف أن يفرط الأجير فيه أن يدفع رهنًا للمستأجر على تقدير لو لم يعمل كان الرهن رهنًا فيما دفعه له (أو) بسبب (جَعَالَةٍ) بأن يأخذ العامل من رب الآبق مثلا رهنًا على الأجرة التى تثبت له بعد العمل تقدم أن الرهن مال يكون فى دين لازم أو آيل للزوم .

(أو) على ما يلزم (مِنْ قِيمَتِهِ) : كأن يستعير شيئًا ويدفع رهنًا للمعير فى قيمته على تقدير لزومها لو ادعى الضياع : وكذا الصناع يدفعون للمصنوع له رهنًا فى قيمته على تقدير ادعائهم الضياع .

• (لا) يجوز رهن (فى) نظير (نَجْمِ كِتَابَةٍ مِنْ) إنسان (أَجْنَبِىٍّ) أى غير المكاتب يدفعه عند لسيده ؛ لأن الرهن فرع التحمل ، والكتابة لا يصح

لى أو لفلان . والرهن على هذه الكيفية صحيح لازم لأنه ليس من شرط صحة الرهن أن يكون الدين لازمًا قبل الرهن . لكن لا يستمر لزومه إلا إذا حصل بيع أو قرض فى المستقبل ، فإن لم يحصل كان له أخذ رهنه .

قوله : [أو دابته مثلا] : دخل الغلام .

قوله : [المؤجر] : بالكسر أى المستأجر .

قوله : [ويدفع رهنًا للمعير فى قيمته] : أى وأما دفعه رهنًا على أن يأخذ منه ذات الشىء المعار فلا يصح ، كما إذا باع دابة معينة أو أعارها وأخذ المشترى من البائع أو المعير من المستعير رهنًا على أنها إن استحقت أو ظهر بها عيب أو أتلف المستعير العارية أتى له بعينها من ذلك الرهن فلا يصح لاستحالته عقلا ،

التحمل بها لعدم لزومها للعبد وعدم أيلولتها للزوم ، فلا يصح فيها رهن من أجنبي وأما من المكاتب فيصح كما في المدونة والموازنة خلافاً لابن الحاجب .

• (وانْدَرَجَ) في الرهن (صُوفٌ تَمَّ) على الغنم المرهونة يوم رهنها تبعاً لها لا إن لم يتم .

(و) اندرج في رهن حيوان حامل (جَنِينٌ) في بطنها وقت الرهن وأولى إن حملت به بعد .

(و) اندرج في رهن النخل (فَرْخُ نَخْلٍ) بالخاء المعجمة وهو المسمى بالفسيل بالفاء المفتوحة والسين المهملة .

• (لا) تندرج ثمرة فيه (ثَمَرَةٌ) على رءوس الشجر المرهونة (ولو طَابَتْ) يوم الرهن ولم يجعلها ابن القاسم كالصوف التام .

(و) لا يندرج (بَيْضٌ) في رهن كدجاج بل هو لربه (و) لا (مَالُ عَبْدٍ) في رهنه بل هو لربه (و) لا (غَلَّةٌ) كأجرة دار أو حيوان

قوله : [وأما من المكاتب فيصح] : وعليه إذا بقي على المكاتب شيء ولم يأت به بيع الرهن فيما بقي من نجوم الكتابة .

قوله : [لا إن لم يتم] : أي فلا يندرج في عقد الرهنية وللراهن أخذه بعد تمامه وذلك أن غير التام بمنزلة الغلة وهي لا تندرج .

قوله : [جنين] : أي لأنه كالجزء منها فدخوله هنا كالبيع — ابن المواز . ولو شرط الراهن عدم دخوله لم يجز لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد لكونه بمنزلة الجزء من أمه .

قوله : [وأولى إن حملت به بعد] : وجه الأولوية أنه بعد الرهن يكون جزءاً منها وقد تعلق بها الرهن بخلافه قبل فقد يتوهم أنه ذات مستقلة .

قوله : [بالخاء المعجمة] : وبعضهم ضبطه بالحاء المهملة .

وقوله : [هو المسمى بالفسيل] : أي ويسمى بالودي .

قوله : [لا تندرج ثمرة فيه ثمرة على رءوس الشجر] : هكذا نسخة المؤلف ، والمناسب حذف لفظ ثمرة التي زادها الشارح ، لأن الكلام يتم بدونها .

قوله : [ولم يجعلها ابن القاسم كالصوف التام] : أي حيث طابت والفرق

وكسمن ولبن وعسل نحل بالحاء المهملة (إلا لِشَرْطٍ) : فى جميع ما تقدم فيعمل وتكون المذكورات رهنًا مع أصلها .

● (وجَازَ) لمرتهن (شَرْطُ مَنْفَعَةٍ) فى الرهن كسكنى أو ركوب أو خدمة بشرطين أشار لهما بقوله (عُيِّنَتْ) بزمن أو عمل للخروج من الجهالة فى الإجارة (ببَيْعٍ) : أى فى دين بيع (فَقَطْ) : لا فى قرض ، فلا يجوز لأنه فى البيع بيع وإجارة وهو جائز ، وفى القرض سلف جر نفعًا وهو لا يجوز وكذا يمتنع التطوع بالمنفعة فى القرض والبيع مطلقًا عينت أم لا. فعلم أنها فى القرض تمتنع فى الصور الأربع وهى: الشرط ، والتطوع عينت أم لا . وفى البيع فى الثلاث وتجوز فى الرابعة : وهى ما إذا وقعت بشرط فى العقد وعينت. ومما عمت به البلوى فى مصر جميعها — حتى لم يقدر أحد من أهل العلم على رفعه — أن يبذل الرجل لآخر دراهم

بينها وبين الصوف أنها تترك لتزداد طيبًا فهى غلة لارهن والصوف لا فائدة فى بقائه بعد تمامه بل فى بقائه تلف له وهذا الفرق ذكره ابن يونس وهو منقوض بالثمرة اليابسة .

قوله : [بيع وإجارة] : أى لأن السلعة المبيعة بعضها فى مقابلة ما يسمى من الثمن وبعضها فى مقابلة المنفعة ، والأول بيع والثانى إجارة ، ومحصله : أن تلك المنفعة لم تضع على الراهن بل وقعت جزءاً من ثمن السلعة التى اشتراها .

قوله : [وكذا يمتنع التطوع] إلخ : أى لأنها هدية مديان، فلذلك منعت فى البيع والقرض وهو بيان لمفهوم الموضوع .

قوله : [فعلم أنها] إلخ :حاصله أن منفعة الرهن إما أن تكون مدتها معينة أو غير معينة وفى كل : إما أن يشترطها المرتهن أو يتطوع بها الراهن عليه، وفى كل: إما أن يكون الرهن فى عقد بيع أو قرض ، فأخذ المرتهن لها فى رهن القرض ممنوع فى صوره الأربع ، وهى معينة أم لا مشترطة أو متطوع بها ، وفى رهن البيع فى ثلاث إذا كان متطوعًا بها معينة أم لا أو مشترطة ولم تعين ، والجواز فى واحدة وهى ما إذا اشترطت وكانت معينة .

قوله : [حتى لم يقدر أحد] : المناسب حتى لا يقدر .

ثم يأخذ منه أرض زراعة أو حائطًا رهنًا على أن يزرع الأرض أو يأخذ ثمر الحائط ما دامت الدراهم فى ذمة آخذها ، ثم زادوا فى الضلال إلى أنه إذا رد آخذ الدراهم ما فى ذمته ليأخذ أرضه أو حائطه توقف معطيها فى القبول ، فتارة يشتكيه إلى أمرائها لينصروا الباطل وتارة يصالحوه على دفع شىء له ليستمر على ذلك السنة أو السنتين أو الأكثر ، فإنا لله وإنا إليه راجعون ! .

* (و) جاز شرط المنفعة المعينة بزمن أو عمل (عَلَى أَنْ تُحْسَبَ مِنْ الدَّيْنِ مُطْلَقًا) : أى فى بيع أو قرض ، وَكذا إذا وقعت بعد العقد ؛ لأنه من

قوله : [على أن يزرع الأرض] إلخ : مسألة رهن الأرض والحائط هى المسماة بين الناس بالغاروقة ، وهى ممنوعة مطلقًا ولو شرط المنفعة فى مدة معينة لأنها فى قرض لا بيع ، ولا ينفعه أن يقول : وهبتك المنفعة ما دامت دراهمك علىّ ، لأنها حيلة باطلة عندنا . وهى من الربا فيجب على واضع اليد على الطين فى نظير دراهمه الإقلاع عنه وتركه لصاحبه والاستمرار عليه محرم . ولكن إذا وقع وزرع الأرض يكون الزرع له وعليه أجرة مثل الأرض لصاحبها فيقاصصه بها من أصل الدين الذى عليه ، فإن كان يدفع الخراج للملتزم وكان قدر أجرة الأرض لا يلزمه أجرة لربها كما قرره الأشياخ .

قوله : [إلى أنه إذا رد] إلخ : أى أراد الرد .

قوله : [المعينة بزمن أو عمل] إلخ : مفهومه أن غير المعينة لا يجوز وعلة المنع فى صور القرض اجتماع السلف والإجارة وفى صور البيع اجتماع البيع والإجارة المجهولة الأجل .

قوله : [على أن تحسب من الدين مطلقًا] إلخ : هذا الإطلاق فاسد كما يستفاد من حاشية الأصل ،لأن الجواز مخصوص بما إذا اشترطت ببيع وعينت وكانت تفى بالدين أو يشترط تعجيل ما بقى ، وأما إن كان الباقى يدفع له فيه شيئًا مؤجلا فممنوع لفسخ ما فى الذمة فى مؤخر وإن كان يترك للراهن جاز ، إلا إذا كان اشتراط الترك فى صلب العقد فلا يجوز للغرر إذ لا يعلم ما يبقى ، وأما الصور السبع فالمنع فيها مطلقاً أخذت مجاناً كما تقدم أو لتحسب من الدين كما هنا .

قوله : [وكذا إذا وقعت بعد العقد] إلخ : فيه نظر فإنهم ذكروا أنها تجرى

البيع والإجارة وليس فيه هدية مديان ، بخلاف التطوع بها بعد العقد . نعم فى القرض فيه سلف وإجارة .

● (ولا يُقْبَلُ مِنْهُ) : أى من المرتهن (بَعْدَ) حصول (المَانِعِ) للراهن ؛ كموت أو فلس مع حوزه للرهن: أنه (حَازَ) الرهن (قَبْلَهُ) : أى قبل المانع ونازعه الغرماء ، وقالوا : إنما حزته بعده فلا تفيده دعواه (ولو شَهِدَ له الأمِينُ) الحائز له . لأنها شهادة على فعل نفسه (إلا بِبَيِّنَةٍ) تشهد له (على

على مبايعة المديان فإن كان فيها مسامحة حرم وإلا فقولان بالحرمة والكراهة .

قوله : [بخلاف التطوع بها بعد العقد] : معناه التبرع بها من غير أن تحسب من الدين فلا يناقض ما قبله .

قوله : [نعم فى القرض] إلخ : استدراك على الجواز الذى أفاده الإطلاق لما علمت من أنه خلاف الصواب ، والمناسب حذف قوله : « فيه » لما فيه من الركة . ثم هذا كله فى أخذ المرتهن المنفعة التى هى ليست من جنس الدين . وأما لو شرط المرتهن أخذ الغلة التى هى من جنس الدين من دينه ، فإن لم يؤجل لذلك أجلا جاز فى القرض ومنع فى البيع لأن القرض يجوز فيه الجهل بالأجل دون البيع ؛ وإن أجل ذلك بأجل معلوم، فإن دخلا على أنه إن بقى شىء من الدين بعد الأجل يوفيه الراهن من عنده أو من ثمن الرهن جاز ذلك فى البيع والقرض، وإن دخلا على أن الفاضل من الدين يعطيه به شيئاً مؤجلا منع ذلك فى البيع والقرض ، وإن دخلا على أن الفاضل من الدين يترك للمدين جاز فى القرض دون البيع — كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [لأنها شهادة على فعل نفسه]: أى الذى هو الحوز والشهادة على فعل النفس لا تعتبر لأنها دعوى . ويستفاد من التعليل المذكور أن شهادة القبانى بأن وزن ماقبضه فلان كذا لا تقبل لأنها شهادة على فعل النفس، بخلاف ما إذا شهد أن فلاناً قبض ما وزنه فإنه يعمل بشهادته ، فإن شهد بهما معاً فالظاهر البطلان ، لأن الشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها حيث كان بطلان بعضها للتهمة كما هنا . ومحل بطلان شهادة القبانى إذا شهد بالوزن : ما لم يكن مقاماً من طرف السلطان أو نائبه كالقاضى كما بمصر ؛ وإلا عمل بشهادته كما استظهره الأجهورى. والظاهر أن تابع المقام من القاضى مثله .

التَّحْوِيزِ) قبله : أى على معاينة أن الراهن سلم له الرهن قبل حصول المانع (أو) تشهد له (عَلَى الحَوْزِ) : أى على كونه حازه قبل المانع ولو لم تشهد بالتحويز (على الأَوْجَهِ) من التأويلين ؛ لأن شهادتها بالحوز قبله مع ثبوت الدين يفيد الظن بأن الراهن سلمه له ، واحتمال احتيال المرتهن عليه بعيد . والتأويل الثانى : أنه لا بد من الشهادة على التحويز والقبض من الراهن . وقال المصنف : وفيها دليلهما واختار الباجى الأول : ولكن ظاهرها الثانى ، وبه قال جماعة منهم ابن رشد ونصها فى كتاب الهبة : ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة بحوزه فى حبس أو رهن أو هبة أو صدقة ولو أقر المعطى بصحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهد عليه بإقراره حتى تعاين البينة الحوز (اهـ) وقال بعض المحققين : يكفى الحوز فى الهبة ولا يكفى فى الرهن ؛ لأن الرهن لم يخرج عن ملكه بخلاف الهبة .

● (و) لو باع الراهن الرهن (مَضَى بَيْعُهُ) وإن كان لا يجوز (قَبْلَ قَبْضِهِ) : أى قبل أن يقبضه المرتهن منه (إنْ فَرَّطَ مرْتَهِنُهُ) فى طلبه حتى باعه راهنه ويبقى دينه بلا رهن لتفريطه .

(وإلا) يفرط بل جد فى طلبه فباعه قبل قبضه (فَهَلْ يَمْضِى) بيعه (ويَكُونُ الثَّمنُ) : أى ثمنه (رَهْنًا) فى الدين فات الرهن عند مشتريه أولا ؛ (أَوْ لا) يمضى بل يرد ويكون رهنًا فى الدين ؟ وهذا إذا لم يفت فإن فات بيد

قوله : [والقبض من الراهن] : عطف تفسير على التحويز .

قوله : [حتى تعاين البينة الحوز] : هنا حذف من أصل النص سقط من المؤلف ، فإن كلام المدونة : وشهد عليه بإقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر الورثة حتى تعاين البينة الحوز (اهـ) كما فى (بن) وبهذا المحذوف تستقيم العبارة . ووجه كون هذا النص فيه الدليل لكل منهما أن قوله : حتى تعاين البينة الحوز ، يحتمل حقيقة الحوز بأن تعاين البينة أن ذلك الشيء الموهوب أو المتصدق به أو المرهون فى حوز الشخص المعطى بالفتح قبل المانع . ويحتمل أن المراد بالحوز التحويز : أى التسليم كما هو المتبادر من المعاينة .

قوله : [وهذا إذا لم يفت] : بعد هذه العبارة فى نسخة المؤلف : فإن يبدأ إلخ . وصوابه فإن فات بيد مشتريه .

مشتريه كان ثمنه رهنًا ؛ (قولان) : الأول لابن أبي زيد والثانى لابن القصار ولابن رشد ، ثالث : وهو أنه ليس للمرتهن رد بيع الرهن وإنما له فسخ بيع سلعته؛ لأنه لما باعها على رهن بعينه فلما فوته ببيعه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت ، قال : وهذا كله إن دفع السلعة للمشترى أى الراهن أو السلف له وإلا فهو أحق بسلعته أو سلفه فرّط فى الرهن أو لم يفرط .

* (أو) : أى ومضى بيعه أيضًا إن باعه (بَعْدَهُ) : أى بعد أن قبضه المرتهن (إنْ بَاعَهُ بِمِثْلِ الدَّيْنِ فَأَكْثَرَ وَهُوَ) : أى والدين (عَيْنٌ) مطلقًا من بيع أو قرض (أو) الدين (عَرَضٌ مِنْ قَرْضٍ) وعجل الدين فى الصور الثلاث (وإلاَّ) يبعه بمثل الدين بل بأقل منه فى الصور الثلاث أو باعه بمثله فأكثر والدين عرض من بيع (فَلَهُ) : أى للمرتهن (الرَّدّ) لبيع الرهن فى الصور الأربع ،

قوله : [الأول لابن أبي زيد] إلخ : اعلم أن محل الخلاف فى بيع الراهن الرهن المعين المشترط فى عقد البيع أو القرض ، والحال أن الراهن البائع سلم الرهن المبيع للمشترى ، فإن لم يسلمه له كان للمرتهن منعه من التسليم ولو أتاه برهن بدله لأن العقد وقع على عينه فإن خالف الراهن وسلمه للمشترى ، كان للمرتهن فسخ العقد الأصلى المشترط فيه الرهن . وأما إن كان غير معين وباعه الراهن قبل أن يقبضه المرتهن فللمرتهن أيضًا منع الراهن من تسليمه للمشترى حتى يأتيه ببدله ، وأما لو كان الرهن متطوعًا به بعد العقد وباعه الراهن قبل أن يقبضه المرتهن فإنه يمضى بيعه . وهل يكون ثمنه رهنًا أو يكون للراهن ويبطل الرهن من أصله ؟ خلاف مخرّج على الخلاف فى بيع الهبة قبل قبضها وبعد علم الموهوب له فى مضى البيع ، ويكون الثمن للمعطى بالكسر أو للمعطى ، بالفتح كما سيأتى .

قوله : [وهذا كله إن دفع السلعة] : أى المبيعة فى مسألة البيع .

وقوله : [أو السلف] : أى فى مسألة القرض .

قوله : [أو الدين عرض] : مراده بالعرض ما قابل العين فيشمل الطعام .

قوله : [فى الصور الثلاث] : أى وهى ما إذا كان الدين عينًا مطلقًا من بيع أو قرض أو عرضًا من قرض

قوله : [فى الصور الأربع] : أى وهى ما إذا كان الدين عينًا مطلقًا

إن لم يكمل له فى الثلاثة الأول بقية دينه. ولا يلزمه فى الرابعة قبول العرض قبل أجله ولو بيع بما فيه الوفاء ؛ لأن الأجل فيه من حقهما بخلاف العرض من قرض فإن الأجل فيه من حق المقترض فقط .

(وإنْ أجَازَ) المرتهن بيع الرهن تَعَجَّلَ) دينه من ثمنه (مُطْلَقًا) فى الصور الأربع فإن وفَّى ، وإلا أتبعه بالباقى .

* (ومنِعَ عَبْدٌ مِنْ وَطْءِ أمَتِهِ المرْهُونَةِ مَعَهُ) : وأَوْلى بالمنع لو رهنت وحدها ، بخلاف غير المرهونة فيجوز له وطؤها وكذا زوجته رهنت أولا .

أو عرضاً من قرض أو من بيع .

قوله : [إن لم يكمل] : أى وأما لو كمل له فحكمه حكم ما إذا باعه بمثل الدين فى مضى البيع .

قوله : [ولا يلزمه فى الرابعة] إلخ : يعنى بالرابعة كون الدين عرضاً من بيع .

قوله : [لأن الأجل فيه من حقهما] : علة للنفى الذى هو عدم اللزوم .

قوله : [بخلاف العرض من قرض] : أى وبخلاف العين مطلقاً كما تقدم ذلك فى باب القرض .

قوله : [من حق المقترض فقط] : أى ومن حق ما كانت عليه العين ولو من بيع .

قوله : [فإن وفى] : أى كما فى الصورة الرابعة .

وقوله : [وإلا أتبعه بالباقى] : أى كما فى الصور الثلاث .

قوله : [ومنع عبد من وطء أمته]: حاصله أن السيد إذا رهن أمة عبده وحدها أو رهنهما معاً ، فإن العبد يمنع من وطئها كان مأذوناً له فى التجارة أم لا ، لأن رهنها وحدها أو معه يشبه الانتزاع من السيد لها لأن المرتهن منهما معرض للبيع ، وحيث بيع العبد دون ماله أو الأمة دون مالها حرم وطؤه إياها . ولكنه إن تعدى ووطئ فلا يحد لأنه يشبه الانتزاع وليس انتزاعاً حقيقياً ، لأن المشهور أنه إذا افتكها السيد من الرهن لا يمنع وطء العبد لها للملك السابق على الرهنية ولو كان انتزاعاً حقيقياً لا فتقر لتمليك ثان .

قوله : [وكذا زوجته] إلخ : أى ولو كانت مملوكة للسيد لأن الرهن لا يبطل

(وَحُدَّ مُرْتَهِنٌ وَطِئَ) أمة مرهونة عنده (بلا إذْنٍ) من راهنها فى الوطء إذ لاشبهة له فيها (وإلاَّ) بأن أذن له راهنها فى وطئها (فَلاَ) يحد نظراً لقول عطاء بجواز إعارة الفروج ، فهو شبهة تدرأ الحد ، قال فى المدونة : لو اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق الولد عليه ، لأنه لم يثبت نسبه له . وهذا إذا لم يأذن له الراهن فى الوطء إذ لو أذن له فيه كانت به أمّ ولد ولذا قال :

(وقُوِّمَتْ) الموطوءة بإذن (عَلَيْهِ) : أى على المرتهن الواطئ (بلا وَلَدٍ حَمَلَتْ أمْ لاَ) : لأن حملها انعقد على الحرية بالإذن فلا قيمة له ويلزم الواطئ قيمتها للراهن ، وقد ملكها . وأما الموطوءة بلا إذن فتقوّم بولدها لأنه رقيق ، وتقويمها لأجْلِ علِم ما نقصها الوطء والحمل وترجع لربها مع ولدها .

النكاح وليس للسيد انتزاع الزوجة من عبده كما لو باعها السيد فلا يكون البيع والرهن مانعًا من وطء الزوجة .

قوله : [إذ لاشبهة له فيها] : أى لأن وطأه لها زنًا محض فيُحد ولو ادعى الجهل ولو أتت بولد يكون رهنًا مع أمه .

قوله : [بجواز إعارة الفروج] : أى فعطاء — أحد المجتهدين — يقول بجواز إعارة فروج الإماء للأجانب : وإن كان قولا أجمعت المذاهب الأربعة على خلافه . فيراعى لدرء الحدود .

قوله : [لأنه لم يثبت نسبه له] : لكنه لو كان الولد أنثى لحرم على الواطئ نكاحها ، لقول خليل فيما تقدم وحرم أصوله وفصوله وإن خلقت من مائه .

قوله : [إذ لو أذن له فيه كانت به أم ولد] : محل هذا إذا كانت غير متزوجة وإلا حد ولا تصير به أم ولد .

قوله : [لأن حملها انعقد على الحرية] : أى للحوقه بالمرتهن ومحل انعقاده على الحرية إن كان الأب حرًّا ، وإلا فلا يكون الولد خيراً من أبيه .

قوله : [فلا قيمة له] : أى فلا ثمن له يدفع فى الرّهن .

قوله : [وترجع لربها مع ولدها] : أى فتقوم مع ولدها ليعرف نقصها ، فإذا وطئها وولدت وكان الوطء ينقصها عشرة قوم الولد ، فإن كانت قيمته عشرة جبر النقص به ، وإن كانت قيمته أقل رجع على الواطئ بالباقى ، وإن زادت قيمته فلا

* (وللأمِينِ) الذى وضع الرهن تحت يده (بَيْعُهُ) : أى الرهن فى الدين (إنْ أذِنَ لَهُ) فى بيعه : أى أذن له الراهن فيه (ولَوْ فى العَقْدِ) : أى عقد الرهن ، وسواء أذن له فى بيعه قبل الأجل أو بعده لأنه وكيل عن ربه حينئذ ما لم يقل : إن لم آت بالدين وقت كذا ، فإن قال ذلك لم يجز له البيع .

(كالمُرْتَهِنِ) يجوز له بيع الرهن إن أذن له (بَعْدَهُ) : أى بعد العقد الصادق ببعد الأجل ، لا فى حال العقد . ومحل الجواز لهما : (إنْ لَمْ يَقُلْ) الراهن لواحد منهما : (إنْ لَمْ آتِ بالدَّيْنِ ، وإلاّ) بأن قال ما ذكر لواحد منهما أو أذن للمرتهن فى صلب العقد — قال أو لم يقل — لم يجز البيع فى الصور الخمس ، وأولى إن لم يأذن أصلا إلا بإذن الحاكم وهو معنى قوله :

يرجع المرتهن بتلك الزيادة .

قوله : [وللأمين] إلخ : أى وسواء كان الرهن فى دين بيع أو قرض .

قوله : [ولو فى العقد] : أى ولو فى صلب العقد ، وهذا بخلاف المرتهن فلا يجوز له البيع إلا إذا كان الإذن بعده ، لأن الأمين وكيل محض بخلاف المرتهن فإنه ربما يتوهم أن الإذن الواقع فى العقد كالإكراه لضرورته فيما عليه من الحق فإذنه كلا إذن فتأمل .

قوله : [وسواء أذن له فى بيعه قبل الأجل] إلخ : كلام ركيك كما لا يخفى ، والمناسب أن يجعله دخولا على المبالغة بأن يقول : هذا إذا أذن بعد العقد فى الأجل أو بعده ولو فى العقد — فتأمل .

قوله : [لم يجز له البيع] : أى ولا بد من إذن الحاكم لما يحتاج إليه من إثبات الغيبة أو العسر أو المطل كما يأتى .

قوله : [إن أذن له بعده] : أى وأما إن أذن الراهن للمرتهن فى حال العقد فيمتنع ابتداء لأنها وكالة اضطرار .

قوله : [لم يجز البيع فى الصور الخمس] : أى وهى الإذن للأمين فى العقد أو بعده مع التقييد فيهما والإذن للمرتهن فى العقد قيد أم لا وبعده وقيد . وحاصل الفقه أن الراهن : إما أن يأذن ببيع الرهن للأمين أو للمرتهن فى نفس العقد أو بعده ، وفى كل : إما أن يطلق أو يقيد ، فالصور ثمان . فإن وقع منه الإذن للأمين

(فبإذْنِ الحَاكِمِ) ليثبت عنده العسر أو المطل أو الغيبة للراهن (وإلاَّ) يستأذن الحاكم وباع الأمين أو المرتهن بلا رفع الحاكم (مَضَى) بيعه من الأمين أو المرتهن وإن لم يجز ابتداء (وبَاعَ الحَاكِمُ) الرهن (إنْ امتَنَعَ) ربه من بيعه بعد الأجل ومن وفاء الدين فيما إذا لم يأذن، وكذا يبيع الحاكم إنغاب الراهن أو مات إلا أنه فى الغيبة لا بد من يمين الاستظهار .

(وإنْ قَالَ) الأمين للمرتهن : (بِعْتُها) : أى الذات المرهونة (بمائة) مثلا (وسلمْتُهَا لك ، فأنكرَ المُرْتَهِنُ ؛ ضَمِنَ الأمِينُ) فلا يصدق فى التسليم إلا ببينة . وأمانته لا تسرى على تسليم الثمن .

فى العقد أو بعده وأطلق جاز له البيع بلا إذن ، وإن قيد فلابد من الرفع ، وإن وقع منه الإذن للمرتهن بعد العقد وأطلق جاز له البيع بلا إذن ، وإن قيد فلابد من الرفع وإن أذن له فى حالة العقد ، فلابد من الرفع قيد أو أطلق .

قوله : [مضى بيعه] : أى فى الصور الخمسة .

قوله : [وإن لم يجز ابتداء]: محل المنع إذ لم يكن المبيع تافهاً ولم يخش فساده وإلاجاز قطعاً كذا فى الأصل .

● تنبيه : ليس للأمين الذى أمن على حوز الرهن أو بيعه إيصاء بالرهن عند سفره أو موته لأن الحق فى ذلك للمرتهين وهما لم يرضيا إلا بأمانته لا أمانة غيره . ومثل الأمين القاضى ، فليس له الإيصاء بالقضاء وكذا الوكيل ولو مفوّضاً ومقدم القاضى ، بخلاف الخليفة والوصى والمجبر وإمام الصلاة والمقام من طرف السلطان وناظر الوقف فلكل واحد الاستخلاف على منصبه . والمراد بالناظر : الذى جعل له الواقف الإيصاء به ، وإلا فهو كالقاضى كما فى (عب) .

قوله : [لابد من يمين الاستظهار] : فى (ح) عن ابن رشد : الذى جرى به العمل أن القاضى لايحكم للمرتهن ببيع الرهن إذا غاب أو مات حتى يثبت عنده الدين وملك الراهن له، وتحليفه مع ذلك أنه : ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به وأنه باق عليه إلى حين قيامه .

قوله : [فلا يصدق فى التسليم] : أى وأما فى أصل البيع وقدر ما باع به فصدق لأنه وكيل فى ذلك والموضوع أنه مأذون فى العقد أو بعده .

• (ورَجَعَ مُرْتَهِنُهُ) على الراهن (بِنَفَقَتِهِ) التى أنفقها على الرهن (فى الذِّمَّةِ) : أى ذمة الراهن (ولَوْ لم يَأْذَنْ لَهُ) فى الإنفاق .

• (ولَيْسَ) الرهن (رَهْنًا فِيهَا) : أى فى النفقة (بِخِلافِ الضَّالَّةِ) ينفق عليها من وجدها ؛ فإن له الرجوع فى ذات الضالة ويكون مقدمًا على الغرماء بالنفقة عليها ، (إلا أنْ يُصَرِّحَ) الراهن (بأنه) : أى الرهن (رَهْنٌ بِهَا) : أى بالنفقة أى فيها بأن قال الراهن للمرتهن : أنفق عليه وهو رهن فى النفقة عليه أو بما أنفقت (أو يَقُول) : أنفق عليه (على أنْ نَفَقَتَكَ فِيهِ) : أى فى الرهن فإنه يكون رهنًا فيها ويقدم فيه على الغرماء بنفقته عليه . قال ابن

قوله : [ورجع مرتهنه على الراهن بنفقته] : أى التى شأنها الوجوب على المالك لو لم يكن المملوك رهنه ، بدليل أن من أنفق على شجر خيف عليه فإنه يبدأ بالنفقة ولا تكون فى الذمة ، قال (ر) وهذا الحمل صواب ويؤخذ من التقرير المذكور أن العقار كان لشجر لا كالحيوان لأن نفقته غير واجبة ، وقيل : إن العقار كالحيوان لأنه لما رهنه وهو عالم بافتقاره للإصلاح فكأنه أمره بالنفقة فيرجع بها فى ذمته ، وهذا هو الفرق بين ما هنا وبين الأشجار .

قوله : [ولو لم يأذن له فى الإنفاق] : ردّ « لو » قول أشهب : إن نفقته على الرهن إذا لم يأذن له فيها تكون فى الرهن مبدأ بها فى ثمنه .

قوله : [ويكون مقدمًا على الغرماء] إلخ : فإن زادت النفقة على قيمة الضالة فلا ترجع بتلك الزيادة على ربها وضاعت عليه ، والفرق بين الضالة والرهن أن الضالة لا يعرف صاحبها حين الإنفاق عليها ، بخلاف الرهن فإن صاحبه معروف حين الإنفاق عليه فلو شاء طلبه بالنفقة عليه ، فإن امتنع أو غاب رفع للحاكم .

قوله : [إلا أن يصرح] : الحاصل أن أحوال الإنفاق على الرهن ثلاث : الأولى : أن يقول الراهن للمرتهن أنفق على الرهن ، وفى هذه الحالة النفقة فى الذمة قطعًا . الثانية : أن يقول أنفق عليه وهو رهن فى النفقة فالرهن فى هذه الحالة رهن فى النفقة اتفاقًا . الثالثة : أن يقول أنفق على أن نفقتك فى الرهن ، وفى هذه الحالة تأويلان ، ومثلها عند خليل . أما إذا قال : أنفق ونفقتك فى الرهن فقيل يكون رهنًا فيها لأنه من الصريح ، وقيل : لا يكون رهنًا فيها وعليه لو بيع الرهن بخمسة عشر

القاسم : إذا قال : أنفق على أن نفقتك فى الرهن ، أو : أنفق والرهن بما أنفقت رهن أيضًا ، فذلك سواء ، ويكون الرهن بالنفقة . ثم قال : فإن غاب وقال الإمام : أنفق ونفقتك فى الرهن كان أحق به من الغرماء كالضالة (اهـ) - نقله المواق

(وإنْ أنْفَقَ) المرتهن (على) رهن (نَحْوِ شَجَرٍ) ونحوه الزرع (خِيفَ عَلَيهِ) التلف بعد سقيه والإنفاق عليه ، وامتنع الراهن من الإنفاق ولم يأذن للمرتهن فى ذلك وقت انقطاع الماء عنه فاحتيج لإجرائه له أو لإصلاح بئره فأنفق الراهن ، (بَدَأ) بالثمر أو بحب الزرع (بالنَّفَقَةِ) التى صرفها الراهن على ذلك، فتقدم على الدين ولا تكون النفقة فى ذمة الراهن .

والدين عشرة ، فإن الخمسة الفاضلة تكون أسوة الغرماء ويتبع ذمته بما بقى وشارحنا اختار من التأويلين الطريقة الأولى .

قوله : [ويكون الرهن بالنفقة] : أى فى النفقة «فالباء» بمعنى «فى» والمعنى : ويكون الرهن مرهونًا فى النفقة وليس المراد حصر النفقة فى الرهن كالضالة لأنه هنا إذا لم يف الرهن اتبع الذمة .

قوله : [والإنفاق عليه] : معطوف على سقيه مسلط عليه عدم .

قوله : [فأنفق الراهن] : صوابه المرتهن تأمل .

قوله : [بدأ بالثمر] : قال (عب) : معنى التبدئة بما أنفق أن ما أنفقه يكون فى ثمر الزرع والثمرة وفى رقاب النخل ، فإن ساوى ما ذكر النفقة أخذها المرتهن ، وإن قصر ذلك عن نفقته لم يتبع الراهن بالزائد وضاع عليه وكان أسوة الغرماء بدينه ، بخلاف المسألة السابقة المتعلق إنفاقه فيها بذمة الراهن . فإن فضل شىء عن نفقته بدأ بها فى دينه ، فإن فضل شىء كان للراهن (اهـ) أى . والموضوع : أنه جعل النفقة فى الرهن . والباء فى « بالثمر » وفى « بحب الزرع » بمعنى : « فى » والباء فى النفقة للتعدية .

قوله : [التى صرفها الراهن] : صوابه المرتهن .

قوله : [ولا تكون النفقة فى ذمة الراهن] : الفرق بينه وبين النفقة على الحيوان والعقار أن المرتهن دخل على الإنفاق عليها ، فإذا لم يشترط كون الرهن رهنًا به كان سلفًا منه للراهن بخلاف هدم البئر ونحوه فإنه غير مدخول عليه. ولما كان إحياء

(ولا يُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الإِنْفَاقِ) على الشجر والزرع مطلقاً (ولو اشتَرَطَ) الرهن (فى) صلب (العَقْدِ) للدين فأولى إذا كان تطوعاً بعده ، وتؤولت على عدم الجبر إذا تطوع به . وأما إذا اشترط فى العقد جُبِر . والمعتمد الأول ، لكنه إن أنفق بدأ بها على الدين على ما تقدم .

● ثم شرع يتكلم على ضمان الرهن وعدمه فقال :

● (وضَمِنَ) الرهن (مُرْتَهِنٌ إنْ كَانَ) الرهن (بِيَــدِهِ وهُوَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ) : أى يمكن إخفاؤه عادة : كالحلى والثياب والسلاح والكتب ؛ لا إن كان بيد أمين أو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان وادعى ضياعه أو تلفه (ولَمْ

الزرع ونحوه إنما يحصل عن إنفاق بدأ به على دين الرهن فإن أنفق بإذن الراهن أو بدون علمه فالنفقة فى ذمة الراهن كذا فى الأصل .

قوله : [وأما إذا اشترط فى العقد جبر] : استشكل جبره بأن الشخص لا يجبر على إصلاح شيئه . وأجيب : بأنه إنما جبر لتعلق حق المرتهن به .

قوله : [وضمن الرهن مرتهن] : أى ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان مقوماً إن ادعى تلفه أو ضياعه أو رده . وهل تعتبر القيمة يوم التلف أو الضياع أو يوم الارتهان ؟ قولان ، ووفق بعضهم بين القولين بأن الأول فيما إذا ظهر عنده يوم ادعاء التلف والثانى فيما إذا لم يظهر عنده من يوم قبضه حتى ضاع .

قوله : [لا إن كان بيد أمين] : أى وإلا كان الضمان من الراهن .

قوله : [أو كان مما لا يغاب عليه] : اعلم أن مثل الرهن فى التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه : باب العوارى وضمان الصناع والمبيع بخيار ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضن والصداق إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدخول وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر والمشترى من غاصب ولم يعلم بغصبه والسلعة المحبوسة للثمن أو للإشهاد — كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [كالحيوان] : أى والعقار ، ومن ذلك السفينة الواقفة فى المرسى ؛ فإذا ادعى ضياع ما لا يغاب عليه أو تلفه أو رده فإنه يصدق ولا ضمان عليه ما لم يكن قبضه ببينة مقصودة للتوثق ، وإلا فلا يصدق كما فى (ح) نقله محشى الأصل .

تَقُمْ على هَلَاكِهِ بَيِّنَةٌ) لا إن قامت ، فشروط ضمانه ثلاثة : كونه بيده ، وكان مما يغاب عليه ، ولم تقم على هلاكه بينة بضياعه بغير تفريط ؛ فيضمنه المرتهن (وَلَوْ اشْتَرَطَ البَرَاءَةَ) من الضمان ؛ ولا ينفعه شرطها (فِي غَيْرِ) رهن (مُتَطَوَّعٍ بِهِ) : وهو المشترط فى العقد (أو عُلِمَ احتِرَاقُ مَحَلِّهِ) : وادعى احتراقه أو سرقة محله ، وادعى أنه سرق من جملة المتاع فيضمن ولا ينفعه ذلك (إلا بِبَقَاءِ بَعْضِهِ) لم يحرق .

(وإلاّ) بأن كان بيد أمين أو كان مما لا يغاب عليه أو قامت على ضياعه بينة أو كان متطوعًا به بعد العقد واشترط عدم الضمان – على ما قال اللخمى والمازرى – أو علم احتراق محله وبقى البعض بلا حرق مع ظهور أثر الحرق (فلاَ ضَمَانَ) على المرتهن ؛ لأن ضمانه ضمان تهمة وقد زالت فلا ضمان (وَلَوْ اشْتَرَطَ ثُبُوتَهُ) : أى الضمان (إلاّ أنْ تُكَذِّبَهُ البَيِّنَةُ) : الشاملة للعدل

قوله : [ولا ينفعه شرطها] : أى بل هو مما يقوّى التهمة .

قوله : [أو علم احتراق محله] إلخ : هذا داخل فى حيز المبالغة على الضمان لاحتمال كذبه خلافًا لفتوى الباجى القائل إذا علم احتراق محل الرهن المعتاد وضعه فيه وادعى المرتهن أنه كان به فلا ضمان عليه . وأما لو ثبت أنه كان به فإنه تبعًا لشيخه العدوى .

قوله : [إلا ببقاء بعضه لم يحرق] : اعلم أن الرهن إذا كان متحداً كفى الإتيان ببعض منه محرقاً وإن كان متعدداً فلا بد من الإتيان ببعض كل واحد منه محرقًا .

قوله : [بقى البعض بلا حرق] : أى أو لم يبق على فتوى الباجى .

قوله : [فلا ضمان ولو اشترط ثبوته] : كرر قوله « فلا ضمان » لأجل المبالغة وفى هذا التركيب ركة لا تخفى .

قوله : [إلا أن تكذبه] : أى إلا أن تكذب من لاضمان عليه من أمين ومرتهن. والمراد بالبينة : العدول ، وأما تكذيب غير العدول فلا يعتبر والتكذيب إما صريحاً ، كدعواه أنها ماتت يوم السبت مثلا فقالوا رأيناها عنده بعد ذلك اليوم وإما ضمنًا كقول جيرانه المصاحبين فى السفر : لم نعلم بذلك . ومفهوم : « تكذبه » أنه

وامرأتين ، كما لو ادعى موت الدابة أو العبد الرهن فقال جيرانه أو رفقته فى السفر : لم نعلم بذلك ، أو قال : مات أو ضاع يوم كذا ، فقالت البينة : رأيناه عنده بعد ذلك اليوم (وحَلَفَ) المرتهن (مُطْلَقًا) فى ضمانه وعدم ضمانه أى للراهن تحليفه إنه (لَقَدْ ضَاعَ أَوْ تَلِفَ بلا تَفْرِيط) منه (و) أنه (لَمْ يَعْلَمْ مَوْضِعَهُ) : لاحتمال أنه فرّط أو لم يفرط ، ولكنه يعلم موضعه .

(وإن ادَّعَى رَدَّهُ) لربه وأنكر ربه (لَمْ يُقْبَلْ) منه ويضمن (واستَمَرَّ الضَّمَانُ) عليه (إنْ قَبِضَ الدَّيْنُ أو وُهِبَ) له حتى يسلمه لربه ولا يكون

لو صدقه العدول ، كقولهم : إن هذا الرجل كان معه دابة وماتت ولكن لا ندرى هل هى دابة الرهن أو غيرها فإنه لا يضمن ، وأولى إذا قالوا : إنها دابة الرهن لكن فى الأولى لابد من حلفه إنها هى دون الثانية .

قوله : [فى ضمانه وعدم ضمانه] : أى فى الصور التى يضمن فيها والصور التى لايضمن فيها . فحيث قلنا بالضمان فلابد من حلفه سواء كان متهماً أم لا ، فإن حلف غرم القيمة أو المثلى وإن نكل حبس فإن طال حبسه دين وغرم القيمة أو المثل فأمره بالحلف مع تضمينه مخافة أن يكون أخفاه . وأما فى الصور التى لاضمان فيها فحلفه أولوىّ ، إلا أنه فيما لايغاب عليه يحلف مخافة أن يكون أخفاه فإن نكل حبس فإن طال حبسه دين ولا غرم عليه فيها . وما ذكره الشارح من حلف المرتهن فى المسائل التى لاضمان عليه فيها أحد أقوال ثلاثة : حلفه مطلقًا متهمًا أو لا ، عدم حلفه مطلقًا . ثالثها : يحلف المتهم دون غيره . وحلفه فى المسائل التى لا ضمان عليه فيها مفروض فى غير ما ثبت تلفه بالبينة وإلا فلا يمين لعدم التهمة .

قوله : [واستمر الضمان عليه إن قبض الدين] إلخ : يعنى أن الرهن إذا كان مما يضمن بأن كان مما يغاب عليه فإن ضمانه من المرتهن ولو قبض دينه من الراهن أو وهبه له لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يسلمه لربه ولا يكون ذلك الرهن عند المرتهن بعد براءة ذمة الراهن كالوديعة . وقول المصنف : «أو وهب» : أى هبة يبرأ بها المدين الذى هو الراهن بأن وهب الدين له لأنه إذ وهب الدين لغير المدين صار من عنده الرهن أميناً على الرهن لا مرتهناً ، وحينئذ فلا يضمن . قال (ح) : وإذا وهب المرتهن الدين للراهن ثم تلف الرهن فضمنه قيمته كان للمرتهن إبطال الهبة إذا

بعد وفاء الدين كالوديعة لأنه لم يقبض على وجه الأمانة بل على وجه التوثق به . (إلا أنْ يُحْضِرَهُ) المرتهن لربه (أو يَدْعُوَهُ لأخْذِهِ فَقَالَ) ربه للمرتهن : (دَعْهُ عِنْدَكَ) ، ثم ادعى ضياعه فلا يضمن ؛ لأنه صار بعد البراءة من الدين وبعد إحضاره لربه أو طلبه لأخذه محض أمانة . ولا بد فى الثانية من قوله : دعه عندك أو ما فى معناه وإلا ضمن . وأما إحضاره فلا يحتاج لذلك .

● (وَلَوْ قَضَى) الراهن (بَعْضَ الدَّيْنِ أوْ أسْقَطَ) بعضه بهبة أو صدقة أو لطلاق قبل البناء (فَجَمِيعُ الرَّهْنِ فِيمَا بَقِيَ) من الدين وليس للراهن أخذ شيء منه (إلاَّ أنْ يَتَعَدَّدَ الرَّاهِنُ) ويقضى بعضهم ما عليه

حلف أنه إنما وهبه الدين لأجل أن يبرئ ذمته من الرهن ويلزم الراهن غرم الدين ويتقاصان فإن فضل عند أحدهما للآخر شيء دفعه له — قاله أشهب . قال شيخ مشايخنا العدوى : وما قاله أشهب أصل يخرج عليه كل ما فعل لغرض فلم يتم .

قوله : [ولابد فى الثانية] : أى وهى قوله : أو يدعوه لأخذه .

وقوله : [وإما إحضاره] : أى وهى المسألة الأولى .

قوله : [فجميع الرهن فيما بقى] : أى لأن كل جزء منه رهن بكل جزء من الدين ولأنه قد تحول عليه الأسواق فليس للراهن أخذ شيء منه وكما أن جميع الرهن يبقى فيما بقى من الدين لو استحق بعض الرهن متحداً أو متعدداً كان ما بقى رهنا فى جميع الدين عكس مسألة المصنف . فإن كان الرهن فيما ينقسم قسم وبقى نصيب الراهن رهناً ، وإلا بيع جميعه كغيره من المشتركات التى لا تنقسم إذا طلب أحد الشريكين البيع . فإن استحق كله قبل قبضه ، فإن كان معيناً خير المرتهن بين فسخ البيع وإمضائه فيبقى الدين بلا رهن كبعد القبض إن غره الراهن ، وإلا بقى الدين بلا رهن ، وإن كان غير معين بعد قبضه جبر على حلفه على الراجح ولا يتصور استحقاقه قبل قبضه .

قوله : [إلا أن يتعدد الراهن] : أى كما لو رهن زيد وعمرو داراً يملكانها من بكر فكل من قضى دينه مكن من حصته وإن لم تكن تلك الحصة تقبل القسمة فتقييد الشارح بقوله إن كان ينقسم لا يسلم .

فله أخذ منابه من الراهن إن كان ينقسم ، (أَوْ) يتعدد (المُرْتَهِنُ) ، فكل من أخذ دينه ردّ من الرهن المتعدد ، كثياب ، أو المتحد المنقسم ما عنده منه . قال فى المدونة : من رهن داراً من رجلين صفقة فقضى أحدهما حقه أخذ حصته من الدار .

* (والقَوْلُ) عند تنازع المتراهنين – كأن يقول رب السلعة للمرتهن : هى عندك أمانة أو عارية ودينك بلا رهن ، وقال الآخر : بل هى رهن ، وقد يدعى المرتهن نفى الرهن ورب السلعة يدعى الرهنية كما إذا كانت مما يغاب عليه وضاعت منه فيدعى ربها أنها رهن ليضمنه القيمة أو المثل – (لِمُدَّعِى نَفْيِ الرَّهْنِيَّةِ) منهما لتمسكه بالأصل . ومن ادعى الرهنية فقد أثبت وصفاً زائداً فعليه البيان .

* (ولَوْ اخْتَلَفَا فِى مَقْبُوضٍ ، فقال الراهن) : هو (عَنْ دَيْنِ الرَّهْنِ) ، وقال المرتهن : هو عن غيره (حَلَفَا) : أى يحلف كل منهما على طبق دعواه ونفى دعوى صاحبه (ووُزِّعَ) المقبوض على الدينين معاً كالمحاصة .

(كَأَنْ نَكَلَا) فإنه يوزع عليهما بقدرهما ، وقضى للحالف على الناكل ، ويبدأ الراهن (كالحَمَالَةِ) : تشبيه فى التوزيع بعد حلفهما ؛ فإذا كان لرجل دينان أحدهما بحميل والثانى بغير حميل فقضاه أحدهما فادعى رب الدين أنه عن الذى بلا حميل وادعى المدين أنه عن الذى بحميل ، أو يكون على رجل دينان

قوله : [أو يتعدد المرتهن] : أى كما لو رهن زيد عمراً وبكراً رهناً وفى أحدهما حقه كان له أخذ حصته من الرهن إذا كان ينقسم ، وإلا كانت تلك الحصة أمانة عند المرتهن الثانى . أو يجعل الرهن كله تحت يد أمين ولا يمكن الراهن منه لئلا يبطل حوز رهن الثانى . ومثال تعدد الراهن والمرتهن : رجلان رهنا داراً لهما من رجلين فقضى أحدهما حصته من الدين كان له أخذ حصته من الرهن .

قوله : [لمدعى نفى الرهنية] : أى بيمين لقاعدة أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فمدعى نفى الرهنية هو المنكر لتمسكه بالأصل فعليه اليمين ومدعى الرهنية هو المدعى لتمسكه بخلاف الأصل فعليه البينة .

قوله : [ووزع المقبوض على الدينين معاً] : ظاهره حلّ الدينان أو حل أحدهما أو لم يحلا اتحد أجلهما أو اختلف ، وهو كذلك . وتفصيل اللخمى ضعيف .

أحدهما أصلى والآخر هو حميل به عن غيره ، ومضى أحدهما ثم ادعى أنه دين الحمالة وادعى الآخر أنه دين الأصالة ، فإنه يوزع فى الصورتين بعد حلفهما

(و) لو اختلفا (فِى قِيمَةِ) رهن (تَالِفٍ) عند المرتهن (تَوَاصَفَاهُ ، ثُمَّ قُوِّمَ) هذا إن اتفقا على وصفه .

(فَإِنْ اخْتَلَفَا) فى وصفه (فَالْقَوْلُ لِلْمُرْتَهِنِ) بيمينه لأنه غارم (فَإِنْ تَجَاهَلَا) : أى ادعى كل منهما جهل حقيقة صفته (فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ) من الدين ، ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشىء (وَهُوَ) : أى الرهن بالنظر لقيمته (كَالشَّاهِدِ) للراهن أو للمرتهن إذا اختلفا (فِى قَدْرِ الدَّيْنِ) فمن شهد له حلف معه ، وكان القول له .

(لَا الْعَكْسُ) : أى ليس الدين كالشاهد فى قدر الرهن ، بل القول للمرتهن إذا تلف الرهن واختلفا فى وصفه ؛ ولو ادعى صفة دون قدر الدين لأنه غارم والغارم

قوله : [فإنه يوزع فى الصورتين بعد حلفهما] : موضوع المسألتين : أنهما إن اتفقا فى حصول البيان ولكن اختلفا فى تعليقه هل هو دين الأصالة أو الحمالة وأما لو اختلفا فى التبدئة عند القبض ، فإن المقبوض يوزع عليهما من غير حلف كما أفاده شيخ مشايخنا العدوى .

قوله [ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشىء] : وانظر هل لابد من أيمانهما ـــ كتجاهل المتبايعين الثمن ـــ أو لا ؟ قال الشيخ سالم السنهورى : لم أرفيه نصاً ، والظاهر أنه مثله كما قال شيخ مشايخنا العدوى . ومفهوم قوله : « فإن تجاهلا » أنه لو جهله أحدهما وعلمه الآخر حلف العالم على ما ادعى فإن نكل فالرهن بما فيه .

قوله : [فى قدر الدين] : أى الذى رهن فيه لأن المرتهن إنما أخذه وثيقة بحقه ولا يتوثق إلا بمقدار دينه فأكثر . قال (ح) : وسواء أنكر الزائد بالكلية أو أقرّ به وادعى أن الرهن فى دونه ، فإذا قال الراهن : الدين المرهون فيه دينار ، وقال المرتهن : ديناران ، صدّق من شهد له الرهن بيمينه ، فإن كانت قيمته ديناراً صدق الراهن أو دينارين صدق المرتهن .

قوله : [أى ليس الدين كالشاهد فى قدر الرهن] : أى وسواء كان الرهن قائماً أو فائتاً فإذا دفع له ثوبين وتنازعا فى أن كليهما رهن أو أحدهما وديعة

مصدق ؛ وكذا إذا لم يدَّعِ هلاكه وأتى برهن دون قدر الدين وقال الراهن : بل رَهْنِي غيرُ هذا وقيمته تساوى الدين ؛ هذا هو المشهور .

وتنتهى شهادة الراهن (إلى قِيمَتِهِ) : أى الرهن فلا يشهد بالزائد عليها وتعتبر القيمة يوم الحكم إن كان قائماً كما سيأتى (مَا لَمْ يَفُتْ) : أى مدة كونه لم يفت (فى ضَمَانِ الرَّاهِنِ) بأن كان قائماً لم يفت أصلا ، أو فات فى ضمان المرتهن ؛ بأن كان مما يغاب عليه ولم يقم على هلاكه بينة . فلو فات فى ضمان الراهن بأن قامت على هلاكه بينة أو كان مما يغاب عليه أو تلف بيد أمين لم يكن شاهداً على قدر الدين .

وإذا كان الرهن كالشاهد فلا يخلو : إما أن يشهد للراهن أو للمرتهن أو لا يشهد لواحد منهما (فإنْ شَهِدَ للمُرْتَهِنِ) : كأن يدعى أن الدين عشرون، وقال الراهن : بل عشرة ، وقيمة الرهن عشرون فأكثر (حَلَفَ أنْ دَيْنَهُ) عشرون و(أخَذَهُ) فى دينه لثبوته حينئذ بشاهد ويمين (إنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ الرَّاهِنُ)

فالقول للمرتهن ولا يكون الدين شاهداً فى قدر الرهن .

قوله : [هذا هو المشهور] : أى وهو قول أشهب ، ورواه عيسى عن ابن القاسم وبه قال ابن حبيب . وعلله القاضى فى المدونة : بأنه مؤتمن عليه ولم يتوثق منه بإشهاد .

قوله : [ما لم يفت] إلخ : ما مصدرية ظرفية معمولة لما فهم من قوله كالشاهد أى والرهن يشهد فى قدر الدين مدة عدم فواته فى ضمان راهنه إلخ .

قوله : [بأن كان قائماً] : أى مطلقاً مما يغاب عليه أولا . والحاصل أن الصور خمس يكون الرهن شاهداً على قدر الدين فى اثنين منها ، ولا يكون شاهداً على قدره فى ثلاث .

قوله : [أو فات فى ضمان المرتهن] : وإنما كان شاهداً إذا فات فى ضمان المرتهن ولم يكن شاهداً إذا فات فى ضمان الراهن ؛ لأنه إذا فات فى ضمان المرتهن يضمن قيمته وهى تقوم مقامه . وإذا فات فى ضمان الراهن لم يضمن قيمته فلم يوجد ما يقوم مقامه فهو كدين عليه بلا رهن فالقول قوله فيه لأنه غارم .

قوله : [حلف أن دينه عشرون وأخذه] إلخ : قال (بن) : فرع : انظر إذا قام شاهد واحد بقدر الدين ، هل يضم للرهن ويسقط اليمين على المرتهن

من يد مرتهنه (بما حلف عليه) المرتهن من العشرين ، فإن افتكه بالعشرين أخذ رهنه (و) إن شَهِدَ) (للرَّاهِنِ بأنْ كانت قِيمَتُهُ) عشرة كدعوى الراهن (فَكَذَلِكَ) : أى يحلف معه أن الدين عشرة وأخذه (وغَرِمَ ما أقَرَّ به) للمرتهن وهو العشرة فى المثال فإن نكل الراهن حلف المرتهن وأخذه ما لم يفتكه الراهن كما تقدم (وإلاَّ) يشهد لواحد منهما بأن كانت أقل من دعوى المرتهن وأكثر من دعوى الراهن ؛ كأن يكون قيمته فى المثال خمسة عشر (حَلَفَا) : أى يحلف كل منهما على طبق دعواه ، وردّ دعوى صاحبه ويبدأ المرتهن (وأخَذَهُ المُرْتَهِن) فى دينه (إنْ لَمْ يَغْرَمْ الرَّاهنُ قِيمَتَهُ) للمرتهن وهى الخمسة عشر ؛ فإن افتكه بها أخذه . فإن نكلا معًا فكحلفهما .

(واعْتُبِرَتْ) قيمته (يَوْمَ الحُكْمِ) لا يوم الرهن ولا يوم قبضه هذا (إنْ بَقِيَ) : أى إذا كان باقيًا لم يتلف .

أو لابد من اليمين مع الشاهد ؟ نقل بعضهم عن المتيطى : أنه لايضم له وأنه لابد من اليمين ، لأن الرهن ليس شاهداً حقيقيا وهو ظاهر (اهـ) .

قوله : [وإن شهد للراهن]: الظاهر أن فرع (بن) المتقدم يأتى هنا أيضًا .

قوله : [حلف المرتهن وأخذه] إلخ : الصواب وأخذ ما ادعاه وهو العشرون كما أفاده فى الأصل .

قوله : [ويبدأ المرتهن] : أى لأن الرهن كالشاهد بقيمته ومن المعلوم أنه لا يبدأ بالحلف إلامن تقوّى جانبه وقيمة الرهن قريبة من دعوى المرتهن فقد تقوى جانبه .

قوله : [وأخذه المرتهن فى دينه] : فلو أخذه المرتهن واستحق من يده رجع على الراهن بقيمته وهى خمسة عشر لابقدر الدين الذى كان يدعيه .

قوله : [فإن افتكه بها أخذه] : هذا قول مالك وابن نافع ، خلافًا لمن قال : إذا أراد الراهن أن يفتكه فلا يفتكه إلا بما قال المرتهن وحلف عليه وهو العشرون ، والأول هو المعتمد .

قوله : [فإن نكلامعاً] : إلخ. فإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى للحالف بما ادعاه .

(وإلا) بأن تلف (فيَوْمَ الارتِهَانِ على الأرْجَحِ) عند الباجي واستظهره ابن عبد السلام ، وهو نص الموطأ . وقيل : يوم قبضه المرتهن . وقيل : يوم التلف ، أقوال ثلاثة ذكرها الشيخ بلا ترجيح . ثم إن الكلام في اعتبار القيمة لتكون كالشاهد لا لتضمن ، وأما اعتبارها لتضمن ، فيوم القبض إن لم ير بعده وإلا فمن آخر رؤية عنده ، والله أعلم .

قوله : [فيوم الارتهان] : أي يوم عقد الرهن ولا شك أن يوم القبض قد يتأخر عن يوم الارتهان .

قوله : [وقيل يوم قبضه المرتهن] : أي لأن القيمة كالشاهد يضع خطه ويموت فيرجع لخطه فيقضي بشهادته يوم وضعها .

قوله : [وقيل يوم التلف] : أي لأن عينه كانت شاهدة وقت التلف .

باب
فى الفلس وأحكامه

● والفلس يستعمل عندهم فى العدم . والتفليس أعمّ وأخص .

● واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال :

الأولى قبل التفليس : وهى منعه وعدم جواز التصرف فى ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك . كخدمة وإقرار بدين لمن يتهم عليه ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد .

باب :

لما أنهى الكلام على متعلق الرهن — وكان منه الحجر الخاص على الراهن ومنعه التصرف فى الرهن إلا بإذن المرتهن — شرع فى الكلام على الحجر العام : وهو إحاطة الدين والفلس . وهو كما قال ابن رشد : عدم المال ، والتفليس : خلع الرجل من ماله لغرمائه . والمفلس : المحكوم عليه بحكم الفلس ، وهو مشتق من الفلوس التى هى أحد النقود — عياض : أى أنه صار صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة ثم استعمل فى كل من عدم المال . يقال : أفلس الرجل بفتح الهمزة واللام فهو مفلس .

والمراد بقوله [فى الفلس] : أى تعريفه وحقيقته وبأحكامه مسائله المتعلقة به .

قوله : [يستعمل عندهم فى العدم] : أى فى عدم المال بأن يحيط الدين بماله .

قوله : [والتفليس أعم وأخص] : فالأعم هو قيام الغرماء عليه الذى يترتب عليه خلع المال والأخص خلعه بالفعل .

قوله : [مما لم تجر العادة بفعله] : أى وأما ما جرت به العادة ككسرة لسائل وضحية ونفقة ابنه وأبيه دون سرف فى الجميع فلا يمنع منه .

قوله : [ويجوز بيعه وشراؤه] : أى بغير محاباة .

وقوله : [ويمنعه حتى من البيع والشراء] : أى ولو بغير محاباة .

الحالة الثانية : تفليس عام وهو قيام الغرماء عليه ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء ، نص عليه ابن رشد ويقبل إقراره لمن لا يتهم عليه إذا كان فى مجلس واحد أو قريبًا بعضه من بعض .

الحالة الثالثة : تفليس خاص وهو خلع ماله لغرمائه .

وإلى الأحوال الثلاثة أشار بقوله :

● (الفَلَسُ إحَاطَةُ الدَّيْنِ بمالِ المَدِين) : فيمنعه الهبة وما فى معناها لا البيع والشراء والتصرف اللازم ما لم تقم عليه الغرماء .

(والتَفْلِيسُ الأعَمُّ : قِيَامُ ذِى دَيْنٍ حَلَّ) أجله أو كان حالا أصالة (عَلَى مَدِينٍ) له (لَيْسَ لَهُ) : أى للمدين من المال (ما يَفِيَ به) : أى بالدين بأن كان ما معه أقل من الدين، وكذا إذا كان مساويًا له على ما يفيده النقل : وأما لو كان معه أكثر من الدين فليس له منعه مما سيأتى ، إلا أن يتبرع بما ينقص ماله عن الدين .

وقوله : [والأخذ والعطاء] : كناية عن منعه من جميع التصرفات .

قوله : [ويقبل إقراره لمن لا يتهم عليه] : كالاستثناء مما قبله الذى هو عموم المنع .

قوله : [وإلى الأحوال الثلاثة] إلخ : لكن تسميته فى الحالة الأولى مفلساً باعتبار التهيؤ والصلاحية لا بالفعل .

قوله : [إحاطة الدين بمال المدين] : أى بأن زاد الدين على مال المدين أو ساواه :

قوله : [ذى دين حل] إلخ : مفهومه أن صاحب الدين المؤجل لا يمنع الغريم من التبرع ، وهو موافق لما فى التتائى نقلا عن شيخه السنهورى ، وكلام ابن عرفة يفيده .

قوله : [إلا أن يتبرع بما ينقص ماله عن الدين] : أى كما إذا كان يملك مائة وعليه خمسون فلا يجوز له التبرع بستين .

• (فَلَهُ مَنْعُهُ) : أى منع من أحاط الدين بماله (مِنْ تَبَرُّعِهِ) بهبة وصدقة وحبس وإخدام وحَمالة ، وكذا لايجوز له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى. ومن التبرع قرضه ، فيمنع منه ، وقوله : « ومن تبرعه » لامفهوم له ؛ بل لهم منعه من بيعه وشرائه وأخذه وعطائه ، لأن التفليس الأعم مانع من ذلك كما نص عليه ابن رشد كما تقدم – خلافاً لظاهر ابن عرفة – بخلاف مجرد الإحاطة بلا قيام فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء هذا هو النقل.

(و) منعه (مِنْ إعْطَاءِ كُلِّ ما بِيَدِهِ) من المال (لبعضٍ) من الغرماء دون بعض (أو) إعطاء (بعضِهِ) : أى بعض ما بيده (قَبْلَ) حلول (الأجَلِ) ، وكذا بعده إن كان الباقى لا يصلح للمعاملة.

(و) منعه من (إقْرَارِهِ لمُتَّهَمٍ عليه) : من ولد ونحوه وزوجة يميل لها وصديق ملاطف . ويرد إقراره بذلك بخلاف غير المتهم عليه فإنه جائز.

قوله : [من تبرعه] : متعلق بمنع.

قوله : [وحمالة] : أى ضمان لأنها من ناحية الصدقة.

قوله : [ومن التبرع قرضه] : أى ولو لغير عديم خلافاً لتقييده فى الأصل بالعديم.

قوله : [فلا تمنع المعاوضات بالبيع والشراء] : أى بغير محاباة.

قوله : [من إعطاء كل ما بيده من المال لبعض] : فإن وقع وأعطى جميع ما بيده لبعض الغرماء كان لغيره رد الجميع على الظاهر ولا يبقى البعض الجائز الذى يسوغ إعطاؤه له من باب قولهم الصفقة إذا جمعت حلالا وحراماً فسدت كلها ولا فرق فى إعطاء الكل بين كون الإعطاء قبل الأجل أو بعده.

قوله : [قبل حلول الأجل] : أى لأن من عجل ما أجل عدّ مسلفاً وتقدم أنه يمنع من السلف.

قوله : [بخلاف غير المتهم عليه فإنه جائز] : الراجح أنه لا فرق بين المفلس ومن أحاط الدين بماله من أن إقرار كل لمن لايتهم عليه إنما يمضى إذا كان دين الغرماء ثابتا بالإقرار لا بالبينة كما أن إقرار كل لمن يتهم عليه لا يمضى سواء كان دين الغرماء ثابتاً بالإقرار أو البينة.

(و) من (تَزَوّجِهِ أكثرَ مِنْ) زوجة (وَاحِدَةٍ) وأما الواحدة فلا يمنع منها إن كانت من نسائه وأصدقها صداق مثلها ، فلو كان متزوجاً فيمنع من إحداث أخرى .

(و) منعه من (حِجَّةِ الصَّرُورَةِ) :لأن ماله الآن للغرماء فحج التطوع أولى بالمنع .

(و) منع من (سَفَرٍ) لتجارة أو غيرها إن حل دينه أو كان يحل بغيبته . وهذا يجرى حتى فى غير من أحاط الدين بماله حيث لم يوكل من يوفى عنه دينه .

• (لا رَهْنٍ) فى دين استحدثه من بيع أو قرض وهو صحيح فلا يمنع منه ، وأما المريض فيمنع من الرهن على خلاف فيه ذكره الحطاب ، بخلاف المريض غير المدين فيجوز قطعاً إذ لا حجر عليه فى معاملاته .

(و) لا يمنع من (نَفَقَةِ عِيدٍ وأُضْحِيَةٍ بالمَعْرُوفِ) فيهما دون

قوله : [وأصدقها صداق مثلها] : فإن أصدقها أكثر فلغرمائه الزائد يرجعون عليها به وكان ذلك الزائد ديناً لها عليه .

قوله : [فيمنع من إحداث أخرى] : أى إن كانت التى فى عصمته تعفه .

قوله : [فحج التطوع أولى بالمنع] : فيه ردّ على ابن رشد حيث تردد فى تزويجه أربعاً وفى حجة التطوع .

قوله : [ومنع من سفر لتجارة] : أى حيث كان موسراً ، فشروط منعه ثلاثة : حلول الدين بغيبته ، وإيساره به ولم يوكل فى قضائه .

قوله : [لا رهن فى دين] : أى لا يمنع من دفع رهن بشروط ستة : إن كان المرهون بعض ماله ، فى معاملة حدثت ، اشترط فيها الرهن ، لمن لا يتّهم عليه ، والرهن صحيح ، وأصاب وجه الرهن بألا يرهن كثيراً فى قليل ــ أفاده الأصل تبعاً ل(عب) قال (بن) : لم أر من ذكر هذه الشروط وظاهر المدونة وابن عرفة والتوضيح وغيرهم أن الجواز مطلق ، ولذلك لم يعرج شارحنا على تلك الشروط .

قوله : [غير المدين] : أى غير من أحاط الدَّين بماله .

قوله : [فى معاملاته] : أى ولا فى تبرعاته من الثلث .

السرف ، فيمنع منه . وهذا ظاهر فيمَنْ أحاط الدين به دون قيام الغرماء .
عليه فإن قاموا فلهم منعه حتى من البيع والشراء كما تقدم عن ابن رشد أو أنه مبنى على مقابل ما لابن رشد من أنهم ليس لهم منعه من البيع والشراء : أى وما جرت به العادة ، وهو ظاهر كلام الشيخ وابن عرفة .

● (وله) : أى للغريم اتحد أو تعدد (رَفعُهُ) : أى رفع من أحاط الدين بماله (للحاكِمِ ، فيحكم) بعد إثبات إحاطة الدين بماله مع ما يأتى من الشروط (بخَلْعِ مَالِهِ لغُرَمَائِهِ ، حَضَرَ) المدين (أوْ غَابَ) ولا يتوقف الحكم على حضوره فيقتسمونه بالمحاصة (و) هذا (هو) التفليس (الأخَصُّ) .

واستشكل تسمية الأول بالأعم وهذا بالأخص ، بأن حقيقة الأعم ما يشمل الأخص وزيادة ، والأخص ما اندرج تحت الأعم كالإنسان والحيوان ، وليس الأمر هنا كذلك ؛ لأن جنس الأعم قيام الغرماء على المدين وجنس الأخص حكم الحاكم المذكور وهما متباينان . وأجيب : بأن الأعمية والأخصية باعتبار الأحكام

قوله : [وهذا ظاهر] : إلخ اسم الإشارة عائد على تصرفاته التى لايمنع منها كان بمعاوضة كبيعه وشرائه ورهنه أو بغير معاوضة كتزوجه واحدة ونفقة عيد وأضحية .

قوله : [أو أنه مبنى] : أشار بجواب ثان عن المصنف .

قوله : [وهو ظاهر كلام الشيخ وابن عرفة] : أى وهما طريقتان : طريقة ابن رشد أن لهم منعه ، وطريقة ابن عرفة والشيخ خليل ليس لهم المنع مما جرت به العادة فيجوز الإفتاء بكل .

قوله : [مع ما يأتى من الشروط] : أى الأربعة التى أو لها إنْ حل الدين :

قوله : [حضر أو غاب] : رد بهذا التعميم على عطاء القائل بعدم جوازه ، لأن فيه هتك حرمة المديان وإذلاله . و « حضر أو غاب » فى محل الحال : أى حال كونه حاضراً أو غائباً ، مثل : اضرب زيداً ذهب أو جلس ، أى اضربه على كل حال والمراد هنا فلس على كل حال .

قوله : [بأن حقيقة الأعم] إلخ : تصوير للإشكال .

قوله : [لأن جنس الأعم] إلخ : حقيقة الأعم وحققة الأخص .

لا باعتبار الصدق ؛ ولا شك أن الثانى يمنع من كل ما منعه الأول لا العكس .

ومحل حكم الحاكم بما ذكر : (إنْ حَلَّ الدَّيْنُ) الذى هو عليه بعد ثبوته كلاً أو بعضاً ؛ فلا يفلس من لم يحل عليه شىء . إلا أن محل تفليس الغائب إن بعدت غيبته كشهر أو توسطت كعشرة أيام ، ولم يعلم ملاؤه ؛ وإلا لم يفلس . وكُشِفَ عن حاله إن قربت لأن حكمه كالحاضر .

وأشار للشرط الثانى بقوله :

* (وطَلَبَهُ) : أى طلب تفليسه (البَعْضُ) من أرباب الديون : فأوْلى

قوله : [لا باعتبار الصدق] : أى لا باعتبار المفهوم لتباين المفهومين .

قوله : [من كل ما منعه الأول] : أى وزيادة .

قوله : [لا العكس] : أى فإن الأول يمنع التبرعات ولا يشمل سائر التصرفات ولا يحل به المؤجل . ولايقال هذا البحث لايرد لأن جنسهما واحد؛ لأن الأعم هو قيام الغرماء والأخص هو قيام الغرماء مع الحكم بخلع ماله فالجنس فى كل واحد ، وإنما يتميز الثانى بالفصل الذى هو قولنا : مع الحكم بخلع ماله . لأننا نقول : هم لم يجعلوا قيام الغرماء فى الأخص جزءاً من التعريف بل شرطاً للحاكم فلم يكن من الماهية — تأمل .

قوله : [إن حل الدين الذى هو عليه] : أى وسواء كان ذلك الحال كله لطالب تفليسه أو بعضه له وبعضه لغيره هذا هو الصواب خلافاً لما يقتضيه كلام بعضهم من أن المدين لايفلس إلا إذا كان دين الطالب لتفليسه الحال زائداً على ما بيده .

قوله : [ولم يعلم ملاؤه] : شرط فى المتوسطة وأما فى البعيدة فيفلس وإن علم ملاؤه .

قوله : [وكشف عن حاله] إلخ : أى فالغيبات ثلاث وهذه طريقة ابن رشد . وأما طريقة اللخمى فالغيبة عنده على قسمين بعيدة وقريبة فالقريبة كالثلاثة الأيام حكمه فيها كالحاضر فيكتب إليه ويكشف عن حاله ، والبعيدة يفلس فيها إذا لم يعلم ملاؤه أى حين سفره سواء كانت العشرة الأيام أو الشهر (اهـ) من الحاشية .

الكل (وَلَوْ أَبَى) تفليسه (غَيْرُهُ) : أى غير الطالب له ، فإنه يفلس لحق الطالب فإن لم يطلبه واحد منهم فلا يفلس .

وأشار للشرط الثالث بقوله :

• (وزَادَ) الدين الحال (على مَالِهِ) الذى بيده لا إن كان ماله أكثر اتفاقاً ولا إن ساوى على المذهب ، (أوْ) لم يزد الحالّ على ما بيده ، بأن كان أقل لكن (بَقِيَ) من ماله (ما لاَ يَفِي بالمُؤَجَّلِ) من الدين الذى عليه فيفلس على المذهب ، ولو كان عليه مائتان مائة حالة ومائة مؤجلة ومعه مائة وخمسون فالخمسون الباقية لا تفى بالمؤجل فيفلس . وقيده بعضهم بما إذا كان الباقى لا يرجى بتحريكه وفاء المؤجل ولا يعامله الناس عليه وإلا لم يفلس وبما إذا لم يأت بحميل وإلا لم يفلس على الراجح فلا يحل عليه المؤجل .

وأشار للشرط الرابع بقوله :

• (وألَدَّ) بفتح الهمزة وتشديد المهملة : أى ما طل بعد حلول الأجل ولم يدفع ما عليه فإن دفع لهم جميع ما بيده ولم يتهم بإخفاء شىء لم يفلس بالمعنى الخاص .

قوله : [فإنه يفلس لحق الطالب] : قال مالك : إذا أراد واحد من الغرماء تفليس الغريم وحبسه وقال بعضهم ندعه ليسعى حبسه لمن أراد حبسه .

قوله : [فلا يفلس] : أى ليس له أن يفلس نفسه بأن يرفع الأمر للحاكم ويثبت عدم نفسه ويفلسه الحاكم من غير طلب الغرماء ذلك .

قوله : [ولا إن ساوى] : أى وهذا لاينافى أنه يمنع من التبرعات عند المساواة كما مر ولكن تقدم النقل أن مساواة الدين لماله كزيادة الدين على ما له فمقتضى ما تقدم أن الحاكم يحكم بخلع ماله فى حالة المساواة أيضاً.

قوله : [فيفلس على المذهب] : وقيل لايفلس فى هذه الحالة لأن الديون المؤجلة لايفلس بها والأول للخمى والثانى للمازرى .

قوله : [وقيده بعضهم]: المراد بالبعض ابن محرز. وظاهر كلام ابن عرفة أن هذا التقييد هو المذهب ، فيحمل القول بتفليسه على ما إذا كان لا يرجى بتحريكه الفضلة وفاء المؤجل إلخ .

١ قوله : [لم يفلس بالمعنى الخاص] : أى الذى هو حكم الحاكم بخلع ماله ؛

● ولما كان يترتب على هذا الحجر أمور خمسة : منعه من التصرف المالى ، وحلول المؤجل عليه ، وبيع ما معه من العروض بحضرته ، وحبسه، ورجوع الإنسان فى عين شيئه ، أشار لها بقوله :

● (فَمَنْعٌ مِنْ تَصَرُّفٍ مَالِىٍّ) كبيع وشراء وكراء واكتراء . والمعتمد ما تقدم عن ابن رشد : أن التصرف المالى يمنع منه حتى فى الأعم كتبرعاته ، (إلاَّ) أن يتصرف بشىء (فِى ذِمَّتِهِ) لغير أرباب الدين على أن يوفيه من مال يطرأ له لا مما بيده كأن يتسلف شيئاً فى ذمته أو يشترى أو يكترى فلا يمنع .

وشبَّهَ فى عدم المنع قوله :

(كَخُلْعٍ) لزوجته فيجوز ؛ لأنه قد يأخذ منها مالا أو يحط عنه دين مهرها أو غيرها . وأما المرأة المفلسة فليس لها الخلع لزوجها إلا فى ذمتها من شىء يطرأ لها غير ما فلست فيه كما يشمله قوله إلا فى ذمته (وطَلاَقٍ) لزوجته

لأن الحاكم لا يحكم إلا على الآبى. وأما المعنى الأعم: وهو قيام الغرماء فهو حاصل .

قوله : [ولما كان يترتب على هذا الحجر أمور] إلخ : اسم كان ضمير الشأن والجملة خبرها وأمور فاعل يترتب .

قوله : [منعه من التصرف المالى] : أى بعوض أو بغيره .

قوله : [وحلول المؤجل عليه] : أى وأما المؤجل له فلا يحل إلا فى بعض الصور كما سيأتى .

قوله : [كأن يتسلف شيئاً فى ذمته] إلخ : أمثلة للتصرف فى الذمة .

قوله : [فلا يمنع] : أى فلا يمنع من ذلك . وإن تحصل شىء فى تصرف ذمته ودينهم باق عليه فلهم منعه مما بقى بعد وفاء الدين الذى فى الذمة حتى يوفيهم دينهم .

قوله : [أو غيرها] : معطوف على مهر مسلط عليه دين كأن يكون لأخيها مثلا عليه دين فيحطه عنه فى نظير الخلع ولو قال أو غيره ويكون المعنى أو تحط عنه دين مهرها أو دين غيره لكان أوضح .

قوله : [وأما المرأة المفلسة] إلخ : هذا مرتب على محذوف تقديره ما تقدم لك من جواز المخالعة مفروض فى فلس الرجل المخالع وأما المرأة إلخ .

قوله : [فليس لها الخلع] : أي لأنه تصرف مالى وهى ممنوعة منه .

لأن لها المخاصمة بمهرها طلق أم لا (وقِصَاصٍ) وجب له على جانٍ فله ذلك ولا يلزمه العفو على مال (وعَفْوٍ) عن قصاص لا مال فيه بخلاف الخطأ أو ما فيه مال (وعِتْقِ أمِّ وَلَدِهِ) فلا يمنع منه (وتَبِعَهَا مَالُهَا وإنْ كَثُرَ) إذ لا يلْزَم بانتزاع مال رقيقه، وقول الشيخ: «إن قلّ» ضعيف.

* (وحَلَّ بِهِ): أي بالتفليس الأخص (وبالمَوْتِ ما أُجِّلَ) من الدين

قوله: [لأن لها المخاصمة بمهرها]: أي لحلول المؤجل وإن لم يطلق وأيضا يخفف عنه أمر النفقة.

قوله: [ولا يلزمه العفو على مال]: أي لأن الواجب فيه على مذهب ابن القاسم إما القصاص أو العفو مجاناً وليس للمجنى عليه أو عاقلته إلزام الجانى بالدية نعم لهم التراضى عليها، وأما على مذهب أشهب القائل: إن المجنى عليه يخير بين الدية والقود والعفو مجاناً؛ فمقتضاه أن للغرماء منعه من القصاص ويلزمونه أخذ الدية، إلا أن يقال: قاعدة المذهب تقتضى جواز قصاصه حتى عند أشهب، لقولهم: ليس للغرماء جبر المفلس على انتزاع مال رقيقه — كذا فى الخرشى والحاشية. مثل القصاص فى النفس جراح العمد التى ليس فيها شىء مقدر، وإلا فلهم منعه منه.

قوله: [أو ما فيه مال]: أى كجراحات العمد أى التى فيها شىء مقدر كالجراحات الأربعة الآتية فى باب الدماء إن شاء الله تعالى.

قوله: [وعتق أم ولده]: أى التى استولدها قبل التفليس، وأما التى أولدها بعد الحجر عليه فإنه يرد عتقها لأنها تباع دون ولدها.

● فائدة: لا يقبل منه أنه أحبل أمته قبل الحجر إلا أن يفشو ذلك؛ قيل بين الجيران أو تشهد به النساء كذا فى الحاشية.

قوله: [وحل به]: هذا هو الثانى من الأمور الخمسة.

قوله: [وبالموت]: يستثنى من الموت من قتل مدينه فإن دينه المؤجل لا يحل لحمله على الاستعجال.

قوله: [ما أجل من الدين]: أى الذى عليه بدليل قوله بعد وأما الدين الذى له.

(إلا لِشَرْطٍ) بعدم الحلول بهما ، فيعمل بالشرط فيهما. ونص على العمل بالشرط في الموت ابن الهندى . وأما الدين الذى له فلا يحل بفلسه ولا موته .

(وإنْ قَامَ له) : أى للمفلس (شَاهِدٌ بِدَيْنٍ) له على شخص فطلب منه أن يحلف معه ليستحق دينه (فَنَكَلَ) عن اليمين مع شاهده (حَلَفَ كُلٌّ) من الغرماء مع ذلك الشاهد (كَهُوَ) : أى كحلف المدعى المفلس ، فيحلف كل واحد أن ما شهد به الشاهد حق (وأَخَذَ) كل من حلف (حِصَّتَهُ) فقط من ذلك الدين (ولو نَكَلَ غيرُهُ) : أى غير الحالف فلا يأخذ الحالف إلا قدر نصيبه مع حلفه على الجميع على المشهور ، فإن حلفوا كلهم تقاسموا الحق على قدر نصيب كل من الدين ، وإن نكلوا كلهم فلا شىء لهم منه ، ومن حلف

قوله : [وأما الدين الذى له فلا يحل] إلخ : انظر لو شرط أن الدين الذى يحل بموته أو فلسه ، هل يعمل بشرطه أم لا ؟ قال الخرشى : الظاهر الأول حيث كان الشرط غير واقع فى صلب عقد البيع ، فإن وقع فى صلب عقد البيع فالظاهر فساد البيع لأنه آل أمره إلى البيع بأجل مجهول .

● تنبيه : دخل فى عموم قوله : « حل به وبالموت ما أجل » : دين الكراء لدار أو دابة أو عبد حيث كان الكراء وجيبة وإن لم يستوف صاحبه المنفعة، فيحل بفلس المكترى أو موته وللمكرى أخذ عين شيئه فى الفلس لا الموت ، فإن كان المفلس لم يستوف شيئاً من المنفعة فلا شىء للمكرى ورد الأجرة إن كان قبضها ، وإن ترك عين شيئه للفلس حاصص بأجرته حالاً ، وإن استوفى بعض المنفعة حاصص بها كما يحاصص فى الموت ويأخذ منابه بالحصاص حالاً . ويخير فى فسخ ما بقى فى الفلس فإن أبقاه المفلس رد منابه من الأجرة إن كان قبضها وحاصص به، وإلا حاصص بالجميع هذا ما يستفاد من كلام شارح المدونة وهو المشهور (اهـ . من الأصل) .

قوله : [حلف كل] : أى إذا كان كل من الغرماء غير محجور عليه . وأما لو كان منهم ما هو محجور عليه فقيل : يحلف المحجور عليه أو وصيه ، وقيل : لا يمين على واحد منهما ، وقيل : يؤخر لرشده ؛ ففى ذلك ثلاثة أقوال للأندلسيين كذا فى (بن) .

أخذ حصته فقط أى منابه الحصاص من ذلك الدين لا جميع حصته كما هو قول ابن عبد الحكم المقابل للمشهور . ومن نكل فلا شىء له، فقوله : « ولو نكل » إلخ مبالغة فى قوله وأخذ حصته .

(وقُبِلَ إقْرَارُه) : أى المفلس ، ولو بالمعنى الأعم كما تقدم عن ابن رشد (لغَيْرِ مُتَّهَمٍ عَلَيْهِ) لا لمتهم عليه كابن وأخ وزوجة (بالمَجْلِسِ) الذى فلس فيه أو قامت عليه الغرماء فيه (أو قُرْبَهُ) بالعرف لا بعد الطول، فلا يقبل .

(وثَبَتَ دَيْنُه) الذى حكم به أو قامت الغرماء عليه به (بإقْرَارٍ) منه به (لا) إن ثبت عليه (بِبَيِّنَةٍ) ، فلا يقبل إقراره لغير المتهم عليه وَلَو أقر بالمجلس كما هو الموضوع . والمراد أن إقراره لا يقبل بالنسبة للمال الذى فلس فيه .

(وهو) أى ما أقر به ولم يقبل إقراره به لكون ما فلس فيه ثبت ببينة أو ثبت

قوله : [لا جميع حصته] : المناسب لا جميع دينه .

قوله : [كما هو قول ابن الحكم] : صوابه ابن عبد الحكم .

قوله : [ومن نكل فلا شىء له] : فلو طلب من نكل من الغرماء العود لليمين فإن كان بعد حلف المطلوب فلا يمكّن اتفاقاً . وإن كان قبل حلفه ففى تمكينه قولان ، المعتمد : عدم التمكين لما يأتى فى آخر الشهادات .

قوله : [كابن وأخ وزوجة] أى لم يظهر بينهم وبينه عداوة وإلا فهم مما لا يتهم عليه .

قوله : [الذى حكم به] : أى وهو التفليس الأخص أى حكم بخلع المال لأجله ، وقوله أو قامت الغرماء أى وهو التفليس الأعم .

قوله : [لا إن ثبت عليه ببينة] إلخ : أى لأن مذهب المدونة : أن دين الغرماء الذين قاموا عليه متى كان ثابتاً بالبينة فلا يقبل إقراره ولو علم تقدم معاملة لمن أقر له ، كما فى التوضيح . وقيل : يقبل إقراره سواء كانت الديون ثابتة عليه بإقراره أو ببينة ، واختاره بعض الشيوخ واستظهره ابن عبد السلام . ولمالك فى الموازية قول ثالث : أن من أقر له المفلس إن كان يعلم تقدم مداينة وخلطة بينه وبين المقر حلف المقر له ودخل فى الحصاص مع من له بينة (اهـ) ملخصاً من (بن) .

بإقراره وأقر لغير المتهم عليه بعد طول من المجلس (فى ذِمَّتِهِ) يحاصص المقر له به فى مالٍ يطرأ له غير ما فلس فيه فقوله : «وهو فى ذمته» راجع لمفهوم قوله : «بالمجلس أو قربه» ولقوله : «لا ببينة» .

(و) قبل منه (تَعْيِينُهُ) : أى المفلس (القِرَاضَ) الذى تحت يده لغيره (والوَدِيعَةَ) بأن يقول : هذا المال قراض تحت يدى أو وديعة لفلان : وقيده فى التوضيح بإقراره فى المجلس أو قربه وقيل : لا يتقيد بذلك .

(إنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بأصْلِهِ) : أى بأصل ما ذكر من القراض أو الوديعة، بأن عهدت بأن عنده قراضًا أو وديعة لفلان . ومفهوم تعيينه أنه إن لم يعين بأن قال : لفلان عندى قراض أو وديعة لفلان ، لم يقبل إقراره . كما إذا عين ولم تقم بينة بأصله والكلام فى إقراره بذلك ، وأما لو ثبتا بالبينة فربّ القراض والوديعة يحاصص بهما فى الموت والفلس وسواء كان المفلس صحيحًا أو مريضًا. نعم إن أقر مريض غير مفلس بهما قبل إقراره ولو لم تقم بينة بأصلهما حيث أقر لمن لا يتهم عليه

* (و) قبل (قَوْلُ صَانِعٍ) فلس فى تعيين ما بيده لأربابه كهذا ثوب

قوله : [وأقر لغير المتهم عليه بعد طول من المجلس] : أى أو لمتهم عليه وإن كان بقربه .

قوله : [إن قامت بينة بأصله] أى عند ابن القاسم . خلافاً لأصبغ حيث قال : يقبل تعيين القراض والوديعة ولو لم تشهد بينة بأصلهما واختاره اللخمى .

قوله : [أى بأصل ما ذكر]: جواب عن سؤال ورد على المتن بأن: المتقدم اثنان ، فكيف أعاد الضمير مفرداً ؟

قوله : [يحاصص بهما]: أى إن لم يوجدا بأعيانهما ، وإلا أخذهما فى الموت والفلس .

قوله : [ولو لم تقم بينة بأصلهما] : أى لأن الحجر على المريض غير المفلس أضعف من الحجر على المفلس لأن المريض له أن يشترى ما يحتاجه بخلاف المفلس .

قوله : [وقبل قول صانع] إلخ : اعلم أن المفلس إذا كان صانعاً وعيّن

فلان أو غزل فلان بيمين من المقر له (مطلقًا) ببينة وغير بينة بالمجلس وغيره ؛ لأن الشأن أن ما بيده أمتعة الناس وعدم الإشهاد عليه عند الرفع ، ولا يعلم ربه إلا منه فيبتعد أن يقر به لغير ربه

● (وبَاعَ) الحاكم أو نائبه (مَالَهُ) من عقار أو عروض أو مثليات (بِحَضْرَتِهِ) : لأنه أقطع لحجته (بالاسْتِقْصَاءِ) : أى مع الاستقصاء فى الثمن وعدم وجود من يزيد (و) مع (الخِيَارِ) للحاكم (ثَلاثًا) من الأيام لطلب الزيادة والاستقصاء فى الثمن فى كل سلعة ، إلا ما يفسده التأخير كما يأتى ؛ (ولو كُتُبًا احْتَاجَ لها) : أى لمراجعتها والمطالعة فيها ولم تجعل كآلة

المصنوع أو كان غير صانع وعيّن القراض أو الوديعة ، فالمسألة ذات أقوال أربعة : الأول : لمالك فى العتبية عدم قبول تعيينه مطلقاً خشية أن يخص صديقه ، الثانى : يقبل تعيينه القراض والوديعة إن قامت بينة بأصلهما ويقبل تعيينه المصنوع مطلقاً وهو لابن القاسم ، والثالث : يقبل تعيينه القراض.والوديعة المصنوع مطلقاً وهو لأصبغ ، والرابع : يقبل تعيين المفلس القراض والوديعة والمصنوع ، إذا كان على أصل الدفع ، أو على الإقرار قبل التفليس ببينة .

قوله : [وباع الحاكم] : أى وجوباً إن خالف جنس دينه أو صنفه وإلا فلا يجب وهذا هو الثالث من الأمور الخمسة .

قوله : [بحضرته] : أى والمستحب أن يكون البيع بحضرة المدين لأنه أقطع لحجته : وقال خليل فى التوضيح : لايبعد وجوبه وماله الذى يباع يشمل الدين الذى له على الغير كما نص عليه ابن رشد ، إلا أن يتفق الغرماء على إبقائه حتى يقبض وقيل إنها لا تباع على حالها .

قوله : [فى كل سلعة] : أى سواء كانت عرضاً أو حيوانا أو عقاراً وهذا بخلاف خيار التروى فإنه يختلف باختلاف السلع كما مر . والظاهر أن للحاكم البيع بخيار التروى ، وعليه فيكون خيار الحاكم بعده ثلاثاً ولا يختص خيار الحاكم بسلع المفلس بل كل ما باعه الحاكم على غيره كذلك (اه .ملخصاً من حاشية الأصل) .

قوله : [ولو كتبا] : رد بـ « لو » على من قال : إن الكتب لا تباع أصلا ،

الصانع لأن شأن العلم أن يحفظ بالقلب (أو ثيابَ جُمُعَتِه) وعيده (إنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهَا) بخلاف ما إذا لم تكثر، وبخلاف ثياب جسده التي لا بد له منها.

(وأُوجِرَ) عليه (رَقِيقٌ لا يُبَاعُ عليه): كمدبَّر قبل الدين ومعتق لأجل وولد أم ولده من غيره، وأما ما يباع عليه فيباع (إلا أمَّ وَلَدِهِ) فلا تؤجر لأنه ليس له فيها إلا يسير الخدمة كالاستمتاع فأولى المكاتب لأنه ليس فيه خدمة، نعم تباع كتابته.

(لا آلةَ صَنْعَتِهِ) التي لا بد منها فلا تباع بخلاف ما لا يحتاج إليها.

واعلم أن الخلاف في الكتب الشرعية كالفقه والتفسير والحديث وآلة ذلك، أما غير هذا فلا خلاف في وجوب بيعها.

قوله: [لأن شأن العلم أن يحفظ بالقلب]: قال شيخ مشايخنا العدوي: إن الحفظ قد ذهب الآن فلذا أجراها بعضهم على آلة الصانع.

قوله: [إن كثرت قيمتها]: يحتمل إن كانت قيمتها كثيرة في نفسها أو كثرتها منها بالنظر لصاحبها وإذا بيعت فيشترى له دونها، كما أن دار سكناه إن كان فيها فضل تباع ويشترى له دار تكفيه.

قوله: [كمدبر] إلخ: اللخمي تباع خدمة المعتق لأجل وإن طال الأجل كعشر سنين ويباع من خدمة المدبر السنة والسنتين، وإنما قيد الشارح بقوله: «قبل الدين» لأن المدبر بعده تباع رقبته لبطلان التدبير لقول الأجهوري:

ويبطل التدبير دين سبقا إن سيد حيا وإلا مطلقا

قوله: [إلا أم ولده]: أي التي أولدها قبل الحجر عليه، وأما من أولدها بعد الحجر عليه فإنها تباع. قال في المقدمات: ولو ادعى في أمة أنه سقطت لم يصدق إلا أن تقوم بينة من النساء أو يكون قد فشا ذلك قبل ادعائه، وأما لو كان لها ولد قائم فقوله مقبول أنه منه.

قوله: [التي لابد منها]: أي بأن كان محتاجاً لها وهي قليلة القيمة، وتردد فيها عبد الحميد الصائغ فقال: هل هي كثياب الجمعة لا تباع إلا إذا كثرت قيمتها ويشترى له دونها، أو تباع مطلقاً قلت قيمتها أو كثرت.

* (ولا يُلْزَمُ) المفلس (بتكسُّبٍ) لوفاء ما بقى عليه من الدين ولو كان قادراً عليه ، لأن الدين إنما تعلق بذمته فلا يطلب به إلا عند اليسار .

(و) لا (تَسَلُّفٍ و) لا (استِشْفَاعٍ) : أى أخذ بالشفعة لطلب الزيادة فيما يأخذ بها لأنه من ناحية التكسب .

(و) لا (عَفْوٍ) عن قصاص وجب (للدِّيَةِ) : أى لأجلها ، وله العفو مجانًا . بخلاف ما فيه شىء مقرر فلا يعفو مجانًا ، كالخطأ لأن فيه ما لا تقرر .

(و) لا (انتزاعِ مالِ رَقِيقِهِ) ليوفى به دينَه . وجازله نزعه ، فإن نزعه فلهم أخذه ، والمراد بالرقيق : الذى ليس له بيعه ، وهذا قول ابن رشد عن محمد ، وقال غيره : يلزم بانتزاعه .

(و) لا انتزاع (ما وَهَبَهُ لوَلَدِهِ) الصغير أو الكبير قبل إحاطة الدين. وأما ما وهبه بعده فهو كالتبرع لهم رده وأخذه .

* (وعُجِّلَ بَيْعُ ما خِيفَ) بتأخيره (فَسادُهُ) : كالفواكه (أو تَغَيُّرُه) عن حالته التى هو بها ، أو كساده لو تأخر .

(و) كذا يعجل بيع (الحَيَوانِ بالنَّظَرِ) : لأنه قد يتغير مع الاحتياج إلى مؤنته .

قوله : [ولا يلزم المفلس بتكسب] : أى ولو عامله الغرماء على التكسب وشرطوا عليه ذلك إذا فلس ، فلا يعمل بذلك الشرط وسواء كان صانعاً أو تاجراً . خلافاً لما فى (ح) نقلا عن اللخمى من جبره على التكسب إذا كان صانعاً وشرط عليه التكسب فى عقد الدين كذا فى(بن) .

قوله : [لأنه من ناحية التكسب] : أى ولأن فيه ابتداء ملك واستحداثه وهو لا يلزمه لأنها معاملة أخرى ولو مات المفلس عن شفعة فهى للورثة لا للغرماء كما فى الخرشى .

● تنبيه : فى سماع ابن القاسم : من حبس حبساً وشرط أن للمحبس عليه البيع فلغرمائه البيع عليه. قال فى المقدمات : ولو كان المفلس امرأة فليس للغرماء أن يأخذوا معجل مهرها قبل الدخول ولا بعده بأيام يسيرة ؛ لأنه يلزمها أن تتجهز به للزوج ولايجوز لها أن تقضى منه دينها إلا الشىء اليسير. قال فى المدونة : الدينار ونحوه

* (واستُؤْنِيَ بِعقَارِهِ) لطلب زيادة الثمن (كالشَّهْرَيْنِ) وكـذا عروضه كالثياب والحديد والمعادن .

* (وقُسِّمَ) ما تحصل ، إذا لم يفِ (بنِسبةِ الدُّيُونِ) بما عليه أى نسبة كل دين لمجموع ما عليه : أى الديون . ويأخذ كل غريم بتلك النسبة ؛ فإذا كان لغريم عشرون ولآخر ثلاثون ولآخر خمسون فمجموع ما عليه مائة، نسبة العشرين لها الخمس فيأخذ ربها خمس ما تحصل، ونسبة الثلاثين خمس وعشر ونسبة الخمسين النصف ، فإذا كان مال المفلس عشرين أخذ صاحب العشرين خمسها أربعة وأخذ صاحب الثلاثين ستة وأخذ صاحب الخمسين عشرة .ويجوز بنسبته للديون أى مجموع الديون ؛ فى المثال مجموع الديون مائة ونسبة ماله لها الخُمس فكل يأخذ خمس دينه فصاحب العشرين خمس دينه أربعة وهكذا والمعنى واحد .

* (ولا يكَلَّفُونَ) : أى لا يكلفهم الحاكم (أنْ لا غَرِيمَ) على المفلس الميت (غيرَهُمْ . بِخِلاَفِ الوَرَثَةِ) : فإنهم يكلفون أنه لا وارث غيرهم لأن الشأن معرفتهم وحصرهم بخلاف الغرماء .

وأما ماتداينته بعد دخول زوجها فإن مهرها يؤخذ فيه كما فى رواية يحيى عن ابن القاسم، وأما مؤخر الصداق فهل للغرماء بيعه فى دينهم أم لا ؟ الظاهر أن ذلك لهم فإنه لايلزمها أن تتجهز للزوج (اهـ . بن) .

قوله : [كالشهرين] : أى ثم يباع بعد ذلك بالخيار للحاكم ثلاثة أيام وهذا الاستيناء واجب . فإن باع الحاكم من غير استيناء خيّر المفلس فى إمضاء البيع ورده ولا يضمن الحاكم الزيادة التى فى سلع المفلس حيث باع بغير الاستيناء لأن الزيادة غير محققة والذمة لاتلزم إلا بأمر محقق كذا فى الحاشية .

قوله : [بخلاف الورثة] : أى فإن الحاكم لايقسم عليهم حتى يكلفهم ببينة تشهد بحصرهم وموت مورثهم وترتبهم من الميت وذلك لأن عددهم معلوم بالجيران وأهل البلد فلا كلفة فى الإثبات عليهم .

قوله : [بخلاف الغرماء] : أى لأن الدين يقصد إخفاءه غالباً، فإثبات حصر الغرماء متعسر ؛ ثم إنه يجب أن تكون شهادة البينة الشاهدة للورثة على نفى العلم لا على القطع : فلو قال : لا وارث له غير هذا قطعاً بطلت شهادته كما فى حاشية الأصل .

(واسْتُؤْنِى به) : أى بالقسم على الغرماء (إنعرف بالدين فى الموت فقط) : لاحتمال طرو غريم والذمة قد خربت بالموت بخلاف الفلس فلا يستأنى لعدم خرابها (و) إذا اقتسموا ماتحصل مع المفلس (انفكَّ حَجْرُه بلا) احتياج فى فكه إلى (حكم) من الحاكم ، ولهم تحليفه : أنه لم يخف عنهم مال عنده . فإن نكل فلا ينفك حجره .

● وإذا انفك حجره (فيُحْجَرُ عَلَيْهِ أَيْضًا) كما حجر عليه أولا (إن حَدَثَ له مالٌ) بعد الحجر الأول : كميراث وهبة وصَدقة ووصية ودية وغير ذلك ؛ لأن الحجر الأول كان فى مال مخصوص وانفك حجره فيتصرف فيما حدث إلى أن يحجر عليه فيه .

* (و) لوتداين بعد ذلك وحجرعليه بالحجر الأخص أوالأعم (لا يَدْخُلُ) فيما حجر عليه ثانيًا (أوَّل) مما حجر لهم سابقًا (مع آخر) بكسر المعجمة : أى مع الذين حجر لأجلهم ثانيًا (فى) مال من (دينٍ حَدَثَ عن معاملة بخلاف) مال حدث عن أصل معاملة ؛ (نحو إرْثٍ وجِنَايةٍ) وهبة واستحقاق وقف

قوله : [واستؤنى به] : أى وجوباً . وحاصله أن الميت إذا كان معروفاً بالدين فإن الحاكم لا يعجل قسم ما له بين الغرماء بل يستأنى به وجوباً بقدر ما يراه لاحتمال طرو غريم آخر فتجتمع الغرماء .

قوله : [لعدم خرابها] : أى خراب ذمته حقيقة وإن خربت حكما ولذلك عجل ما كان فيها مؤجلا من الدين ؛ فذمة المفلس — لما كانت باقية — إذا طرأ غريم تعلق حقه بذمته لم يحتج للاستيناء فى الفلس ، بخلاف الميت ؛ فإن ذمته زالت بالموت فلو طرأ غريم لم يجد من يتعلق حقه بذمته ، ولأن المفلس لو كان له غريم آخر لأعلم به بخلاف الميت .

قوله : [أنه لم يخف عنهم مال] إلخ : « يخف» مبنى للفاعل و « مال» فاعله ، والضمير فى « أنه » للحال والشان . والمعنى أنه يقول فى صيغة يمينه التى يحلفها لم يكن عندى مال خاف عليكم .

قوله : [إن حدث له مال] : مفهومه أنه إذا لم يحدث مال لا يحجر عليه وإن طال الزمان و به العمل ، وقيل : يجدد عليه بعد كل ستة أشهر .

أو وظيفة وركاز فيدخل فيه الأول والآخر .

(وكذا إنْ مكّنهم) من ماله من غير رفعهم له إلى الحاكم وهو تفليس أعم (فباعوا) متاعه (واقتسموا فداين غيرهم) : فلا يدخل الأول مع الآخر إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة كإرث فيدخل .

(وقُوِّمَ ما) : أى الدين الذى (خالفَ النقدَ) مما على المفلس بأن كان الدين الذى عليه عرض أو مثلى حالا أو مؤجلا ، لأنه يحل بفلسه (يومَ القسمةِ) لمال المفلس .

(واشتُرِىَ لربِّه) : أى لرب الدين المخالف للنقد (منه) : أى من جنس دينه وصفته (بما) : أى بالشىء الذى (يخصُّهُ) فى الحصاص من مال المفلس ؛ كأن يكون مال المفلس مائة وعليه لشخص مائة وعليه لآخر عرض قيمته يوم القسم مائة ، فيأخذ رب المائة خمسين ، ويشترى بالخمسين الأخرى

قوله : [فيدخل فيه الأول والآخر] : يصح قراءتهما بالإفراد أى الفريق الأول والفريق الآخر وبالجمع أى أرباب الدين الأول وأرباب الدين الآخر .

قوله : [إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة] : مثل ذلك مالو فضل بيد المفلس عن دين الآخرين فضلة فيتحاصص فيها الأولون كما لو كانت السلع عند المفلس وقت التفليس قيمتها أقل من الدين لكسادها ثم بعد التفليس حصل فيها رواج وصارت أكثر من الدين .

قوله : [بأن كان الدين الذى عليه عرض أو مثلى] : هكذا نسخة المؤلف برفع « عرض » على أن كان تامة . و« عرض » بدل من الدين . وقوله : « أو مثلى » معطوف عليه .

قوله : [ويشترى بالخمسين الأخرى] : أى التى خصت من له العرض فى الحصاص ، فإن وفت نصفَ دينه فالأمر ظاهر ، وإن وفت دينه كله لحصول رخص فى العرض فاز به وصار لا شىء له قبل المفلس ، وإن وفت دون ما نابه فى الحصاص لحصول غلوّ فى العروض تقرر له ما بقى فى ذمة المفلس . وهذا معنى قول خليل : « ومضى إن رخص أو غلا » ، فمعنى مضيه : أنه لا يرجع على الغرماء إن حصل غلاء فى العروض ولا يرجعون عليه إن حصل رخص — فتأمل .

لرب العرض عرضًا من جنس عرضه وصفته .

(وجَازَ) لرب الدين المخالف للنقد (أَخْذُ الثَّمَنِ) : كالخمسين الباقية (إلاّ لمَانِعٍ) : كأن يكون المخالف طعام معاوضة فلا يجوز لربه أخذ الثمن لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه .

* (وحَاصَّت الزَّوجَةُ بِصَدَاقِهَا) ولو مؤجلا لحلوله بتفليس زوجها

قوله : [وجاز لرب الدين] إلخ : أى عند التراضى وأما عند المشاحة فقد سبق أنه يشترى له صفة طعامه أو مثل عرضه بما نابه فى الحصاص .

قوله : [إلا لمانع] : هذا مبنى على أن التفليس لا يرفع التهمة ، وقيل إنه يرفعها فيجوز فى التفليس ما لا يجوز فى الاقتضاء — ابن عرفة . وهما روايتان كذا فى (بن) . وحاصله : أنه يجوز القضاء بغير جنس ماله إن جاز بيعه قبل قبضه، والمسلم فيه مناجزة وأن يسلم فيه رأس المال ، فلو كان رأس المال عرضاً كعبد أسلمه فى عرض، كثوبين ، فحصل له فى الحصاص قيمة ثوب ، جاز له أخذ تلك القيمة ، لأنه آل أمره إلى أنه دفع له عبداً فى عين وثوب ، ولا مانع فى ذلك . بخلاف ما لو كان المسلم فيه حيواناً مأكول اللحم ونابه فى الحصاص لحم من جنسه وعكسه، فيمنع لما فيه من بيع اللحم بالحيوان ، وبخلاف ما لو كان رأس المال ذهباً ونابه فى الحصاص فضة أو العكس فلا يجوز أخذ ما نابه لأنه يؤدى إلى بيع وصرف متأخر . وكما إذا كان ماله طعاماً من بيع فلا يجوز أخذ غير جنسه لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه كما قال الشارح .

قوله : [وحاصت الزوجة بصداقها] إلخ : فلو حاصت بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول ردت ما زاد على تقدير المحاصة بنصف الصداق ولا تحاصص فيما ردته على الصواب ، مثلا : لو كان لرجلين على شخص مائتان وحاصت الزوجة معهما بمائة الصداق ومال المفلس مائة وخمسون ؛ نسبته من الديون النصف ، وأخذ كل واحد نصف دينه وهو خمسون ، فإذا قدرت بعد الطلاق محاصة بخمسين نُصفّ الصداق ، كان لها فى الحصاص ثلاثون ، لتبين أن مجموع الديون مائتان وخمسون فقط ومال المفلس ثلاثة أخماسها ، وترد عشرين للغريمين الآخرين ليكمل لكل واحد منهما ستون وهى ثلاثة أخماس دينه ولا دخول لها معهما فيما ردته كما هو ظاهر — كذا فى

ولو قبل البناء (وبِمَا أنْفَقَتْ عَلَى نَفْسِهَا) قبل عسره لا فى عسره لما تقدم فى النفقة أنها تسقط بالعسر .

(كالمَوْتِ) : أى كما تحاصص بصداقها وبما أنفقت على نفسها فى موته .

(بخِلافِ نَفَقَتِهَا عَلَى الوَلَدِ) فلا تحاصص بها ؛ لأنها من المواساة . وإذا لم تحاصص بها (فنى الذمة) : أى فتكون فى ذمة زوجها ترجع به عند اليسر (إلا لقَرِينَةِ تَبَرُّعٍ) منها على الولد فتسقط . وكذا لا تحاصص بنفقتها على أبويه الفقيرين .

* (وإنْ ظَهَرَ) على المفلس أو الميت (دَيْنٌ) لغريم بعد قسم ماله (أو استُحِقَّ مَبِيعٌ) من سلعه — (وإنْ) بيعت لأجنبى أو لأحد الغرماء (قَبْلَ فَلَسِهِ — رَجَعَ) الغريم الطارئ أو من استحقت من يده السلعة (عَلَى كلٍّ) من الغرماء (بِمَا يَخُصُّهُ) فى الحصاص .ولا يأخذ مليًّا عن معدم

(بن) والحاشية .

قوله : [وبما أنفقت على نفسها قبل عسره] : أى سواء كان ما أنفقته من عندها أو تسلفته حكم بها حاكم أم لا .

قوله : [بخلاف نفقتها على الولد] إلخ : حاصله أن الزوجة إذا أنفقت على ولد المفلس فى حال يسره ، فإنها لاتحاصص بها . ولكنها ترجع على الأب فى المستقبل إذا طرأ له مال إن لم تكن متبرعة وهذا ما لم يحكم بها حاكم ، وإلا حاصت بها سواء كانت تسلفتها أو من عندها . فالمحاصة بها تحصل بأمرين : اتفاقها على الولد فى حال يسرة الأب ، وحكم الحاكم بها .

قوله : [وكذا لا تحاصص بنفقتها على أبويه] إلخ : أى إلا بشروط ثلاثة : أن يحكم بها ، وأن تتسلف تلك النفقة ، وأن يكون إنفاقها عليهما حال يسره وهذا التفصيل لأصبغ . وأما رواية ابن القاسم عن مالك : فإنها لاتحاصص بنفقة الأبوين والأولاد مطلقاً كما فى (بن) وعليه اقتصر فى المجموع . بل تتبع الذمة إن لم تكن متبرعة وهو مقتضى شارحنا .

قوله : [ولا يأخذ مليًّا عن معدم] : حاصله أن المفلس أو الميت إذا اقتسم الغرماء ماله ثم طرأ عليهم غريم أو شخص استحقت السلعة من يده ، والحال

ولا حاضراً عن غائب ؛ لأنهم اقتسموا ما كان يستحقه . إلا أن المستَحق من يده إن اشترى قبل الفلس فظاهر ؛ وبعده رجع بجميع الثمن الذى خرج من يده .

(كَوَارِثٍ أَوْ مُوصًى له) طرأ (عَلَى مِثْلِهِ) فيرجع الطارئ على كل من الورثة أو الموصى لهم بما يخصه .

* (وإنْ اشْتَهَرَ مَيِّتٌ بدينٍ ، أَوْ عَلِمَ به الوارِثُ وأَقْبَضَ) الغرماء الحاضرين (رَجَعَ عليه) : أى رجع الطارئ عليه : بما ثبت له ، لتفريطه واستعجاله ؛ كما لو قبض لنفسه (ثُمَّ رَجَعَ هُوَ عَلَى الغَرِيمِ) الذى قبض منه .

(وله) : أى للطارئ (الرُّجُوعُ) على الغريم ابتداء فهو مخير .

أنهم لم يعلموا بذلك الغريم ولم يكن الميت مشهوراً بالدين ، فإنه يرجع على كل واحد من الغرماء بالحصة التى تنوبه لو كان حاضراً ، ولا يأخذ أحد عن أحد . فلو كان مال المفلس عشرة وعليه لثلاثة كل واحد عشرة أحدهم غائب لم يكن معهما علم به اقتسم الحاضران ماله فأخذ كل واحد منهما خمسة ثم قدم الغائب ، فإنه يرجع على كل واحد منهما بواحد وثلثين . وقولنا : لم يكن معهما علم به ، احترازاً مما لوكانا عالمين به فإنه يأخذ الملىء عن المعدم والحاضر عن الغائب والحى عن الميت كما سيأتى : وقولنا : ولم يكن الميت مشهوراً بالدين ، احترازاً مما لوكان مشهوراً بالدين فسيأتى أن الغريم الطارئ يأخذ الملىّ عن المعدم والحاضر عن الغائب وقوله : الغريم الطارئ ، يحترز به عما لو حضر إنسان قسمة تركة ميت ولم يدّع شيئاً من غير مانع يمنعه ثم ادعى بعد ذلك بدين ، فلا تسمع دعواه حيث حصل القسم فى الجميع . فإن بقى بعد القسم ما يفى بدينه لم يسقط إذا حلف أنه ما ترك حقه كما أشار لذلك ابن عاصم فى التحفة بقوله :

وحاضر لقسم متروك له . عليه دين لم يكن أهمله
لايمنع القيام بعد إن بقى - للقسم قدر دينه المحقق
يقبض من ذلك حقا ملكه بعد اليمين أنه ما تركه

قوله : [بما يخصه] : أى فقط ولا يأخذ مليًّا عن معدم ولا حاضراً عن غائب ولا حيًّا عن ميت ما لم يكن الميت مشتهراً بالدين أو علم الوارث بالطارئ وأقبض الغرماء — كما أفاده المصنف بقوله : وإن اشتهر ميت إلخ .

(وإنْ طَرَأَ) غريم (عَلَى وَارِثٍ قَسَمَ) التركة ، (رَجَعَ عليه ، وأَخَذَ مَلِيٌّ عَنْ مُعْدِمٍ) وميت عن حي وحاضر عن غائب (مَالَمْ يُجَاوِزْ) دين الطارئ (ما قَبَضَ) من التركة لنفسه . فإن جاوز – كما لو كان الدين عشرة وهو قبض ثمانية لم يؤخذ منه إلا ما قبضه .

● (وتُرِكَ له) عطف على قوله : « وبيع ماله » ، أى : وترك للمفلس (قُوتُهُ والنَّفَقَةُ الواجِبَةُ عليه لكَزَوْجَةٍ) : أدخلت الكافُ : الولد والوالدين الفقيرين ورقيقه الذى لا يباع كأم ولد ومدبر (إلى ظَنِّ يُسْرِهِ) : أى إلى وقت يظن حصول اليسر له عادة .

(و) ترك له (كِسْوَتُهُمْ) : أى كسوته وكسوة من تلزمه نفقته (كُلٌّ دَسْتًا مُعْتَادًا) له من قميص وعمامة وقلنسوة أو خمار للمرأة . والدست – بفتح الدال وبالسين المهملتين : ما قابل ثياب الزينة .

قوله : [وميت عن حي] : صوابه قلب العبارة .

قوله : [ما لم يجاوز دين الطارئ] إلخ : هذا الرجوع على الوارث ثابت متى قسم التركة لنفسه وإن لم يكن عالماً بالغريم . فقَيْدُ العلم إنما هو إذا فرقها على الغرماء . فقوله : وإن طرأ غريم على وارث قسم التركة ، لا فرق بين كون الغريم معلوماً له أو لا ، اشتهر الميت بالدين أو لا .

قوله : [لم يؤخذ منه إلا ماقبضه] : أى بخلاف الغصاب واللصوص ، فإن المقدور عليه يؤخذ منه جميع الحق ، وبخلاف ما إذا قبض الغرماء فإنه يرجع عليه بجميع ما أقبضه .

قوله : [عطف على قوله وبيع ماله] : صوابه وباع ماله بالبناء للفاعل ؛ لأنه الذى تقدم فى المتن .

قوله : [قوته] : أى من خشن الطعام .

قوله : [الواجبة عليه] : أى بطريق الأصالة لا بالالتزام لسقوطها بالفلس .

قوله : [إلى ظن يسره] : متعلق بقوله : « قوته » لأنه ، وإن كان جامداً فهو فى معنى المشتق أى ما يقتات به لظن يسره وليس متعلقاً بترك لأنه يصير المعنى ترك له تركاً مستمراً لظن يسره وهذا غير صحيح لأن الترك فى لحظة فلا يستمر .

قوله : [وبالسين المهملتين] : أى وأما بالشين المعجمة فهو اسم للصحراء

(بِخِلَافِ مُسْتَغْرِقِ الذِّمَّةِ بِالظُّلْمِ) : كالمكاس وقاطع الطريق وبعض الأمراء (فَمَا) : أى فيترك له ما (يَسُدُّ الرَّمَقَ) : أى ما يحفظ الحياة فقط (و) ما (يَسْتُرُ العَوْرَةَ) فقط ، لأن الناس لم يعاملوه على مثل المفلس .

لا غير ، وبالسين المهملة يطلق على الصحراء وعلى ما يلبسه الشخص ويكفيه فى حوائجه . والحاصل: أنه لايترك له ولا لمن تلزمه نفقته إلا ما يوارى العورة ويقى الحر والبرد وتجوز به الصلاة .

قوله : [بخلاف مستغرق الذمة]: اعلم أن من أكثر ماله حلال وأقله حرام: المعتمد جواز معاملته ومداينته والأكل من ماله كما قال ابن القاسم خلافاً لأصبغ. وأما من أكثر ماله حرام فمذهب ابن القاسم كراهة معاملته ومداينته والأكل من ماله، خلافاً لأصبغ القائل بحرمة ذلك أيضاً . وأما من كان كل ماله حرام — وهو المستغرق الذمة — فتمنع معاملته ومداينته ويمنع من التصرف المالى وغيره ، خلافا لمن قال إنه مثل من أحاط الدين بماله فيمنع من التبرعات فقط. وماله — إذا لم يمكن رده لأربابه — يجب صرفه فى منافع المسلمين العامة . واختلف إذا نزع منه ليصرف فى مصالح المسلمين ، هل يترك له منه شيء أو لا ؟ والمعتمد أنه يترك له ما يسد رمقه ويستر عورته (اهـ . من تقرير شيخ مشايخنا . العدوى) .

● تنبيه : لو ورث المفلس أباه أو من يعتق عليه ، بيع فى الدين ، ولا يعتق عليه بنفس الملك إن استغرقه الدين ، وإلا بيع منه بقدره وعتق الباقى إن وجد من يشترى البعض ، وإلا بيع جميعه ويملك باقى الثمن ، لا إن وهب له فلا يباع عليه بل يعتق عليه بمجرد الهبة إن علم واهبه أنه يعتق عليه ؛ لأنه إنما وهبه لأجل العتق . فلو لم يعلم أنه يعتق عليه — ولو علم بالقرابة كالأبوة — فإنه يباع فى الدين ولايعتق (اهـ . من الأصل) .

قوله : [على مثل المفلس] : « على » زائدة فالمناسب حذفها والمعنى : لأن الناس لم يعاملوا مستغرق الذمم مثل معاملة المفلس . ويحتمل أنها ليست زائدة بل مجرورها محذوف تقديره على شيء . وقوله : « مثل المفلس » أى مثل الشيء الذى عاملوا عليه المفلس .

● (وحُبِسَ) المفلس (لثُبُوتِ عُسْرِهِ ،إن جُهِلَ حَالُه) : لا إن علم عسره (إلا أنْ يَأْتِيَ بحَمِيلٍ) : بمال أو بوجه حتى يثبت عسره فلا يحبس .

(وغَرِمَ) الحميل (إنْ لم يَأْتِ به) : أى بالمفلس المجهول الحال (إلا أنْ يُثْبِتَ) الحميل (عُسْرَهُ) فإن أثبته فلا يغرم لأنه إنما ضمنه ليثبت عسره (أو ظَهَرَ مَلاَؤُه) : عطف على « جهل حاله » : أى يحبس إن كان ظاهر الملاء بالمد : أى الغنى بين الناس (إن تَفَالَسَ) : أى ادعى الفلس : أى

قوله : [وحبس المفلس] : مراده به المديان بدليل قوله : « إن جهل حاله » كان مفلساً بالمعنى الأخص أم لا كما هو الظاهر ، لأن من جملة هذا التقسيم — كما يأتى — ظاهر الملاء ومعلومه وهما لا يفلسان بالمعنى الأخص وهذا هو الرابع من الأمور الخمسة وسيأتى فى الشارح التنبيه على الخامس .

قوله : [إن جهل حاله] : أى هل هو ملئٌ أو معدم لأن الناس محمولون على الملاء وهذا مما قدم فيه الغالب على الأصل وهو الفقر لأن الإنسان يولد فقيراً لا ملك له .

قوله : [لا إن علم عسره] :أى فلا يحبس لقوله تعالى .(وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ) [1] .

قوله : [إلا أن يأتى بحميل] : قيد فى المجهول حاله .

قوله : [بمال أو بوجه] : قال فى التوضيح : لم يبين فى المدونة هل الحميل بالوجه أو بالمال ؟ والصواب أن يكون بالوجه ، وأولى بالمال ولا يتعين أن يكون بالمال ، قاله أبو عمران وجمهور الفقهاء من القرويين والأندلسيين .

قوله : [أو ظهر ملاؤه] : المراد بظاهر الملاء : من يظن به ذلك بسبب لبسه الفاخر من الثياب وركوبه لجيد الدواب وكثرة الخدم من غير أن يعلم حقيقة حاله .

قوله : [إن كان ظاهر الملاء بالمد] : أى وأما بالقصر مهموزاً : فهو الجماعة ، وبلا همز : فالأرض المتسعة — كذا فى الحاشية .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

العدم وأنه لا قدرة له على وفاء ما عليه إن لم يسأل الصبر بحميل حتى يثبت عسره (فإن وَعَدَ) غريمه (بالقَضَاءِ وسَأَلَ تَأخيرَ نَحْوِ اليَوْمَيْنِ ، أُجِيبَ) لذلك ولا يحبس (إنْ أعْطَى حَمِيلاً بالمَالِ) ، وقال ابن القاسم : أو حميلا بالوجه فإنه يكفي .

(وإلا) يأتي بحميل أو أتى بحميل بالوجه على قول سحنون لم يجب و(سُجِنَ).

* (كَمَعْلُومِ المَلاَءِ) بالمد فإنه يسجن ويضرب حتى يؤدي ما عليه ما لم يأت بحميل غارم كما في المواق عن ابن رشد .

(وأُجِّلَ) المدين المعلوم الملاء ، وكذا ظاهر الملاء إن وعد بالوفاء وطلب التأخير (لِبَيْعِ عَرْضِهِ إنْ أعْطَى حَمِيلاً به) : أي بالمال وإلا سجن ، وليس للحاكم بيعه ، بخلاف المفلس لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من التصرف في ماله .

* (وله) : أي لرب الدين (تَحْلِيفُهُ عَلَى عَدَمِ النَّاضِّ) عنده من ذهب أو فضة إذا اتهمه بذلك ولم يعلم به (وإن عَلِمَ به) : أي بالناضّ وامتنع من دفعه .

قوله : [إن لم يسأل الصبر بحميل] : أي بالمال أو بالوجه على الخلاف الآتي بين ابن القاسم وسحنون .

قوله : [وقال ابن القاسم] إلخ : قيل الخلف لفظي ، فكلام ابن القاسم في غير المُلِدّ وكلام سحنون في الملد .

قوله : [ما لم يأت بحميل غارم] : أي ولا يكفيه الحميل بالوجه فقول الأصل ولا يقبل منه حميل أي بالوجه .

قوله : [وليس للحاكم بيعه] : أي بيع ماله .

قوله : [ومنع من التصرف] : أي ألزمه الحاكم ترك التصرف ، فهو تفسير لمعنى الضرب .

قوله : [تحليفه على عدم الناض] : قال في التنبيهات : واختلف هل يحلف على عدم إخفاء الناض إذا لم يكن معروفاً به فقيل : يحلف ، وقيل : لا . وقيل : إن كان من التجار حلف وإلا فلا . والخلاف في هذا مبني على الخلاف في توجه التهمة (اهـ) .

(جُبِرَ عَلَى دَفْعِهِ وَلَوْ بِالضَّرْبِ مَرَّةً بعد أخْرَى) ويسجن حتى يدفع ما عليه .

* (فإنْ أثبتَ) المدين المجهول الحال أو ظاهر الملاء (عُسْرَهُ بشهادةِ بَيِّنَةٍ) تشهد (أنه لا يُعْرَفُ له مالٌ ظَاهِرٌ ولا بَاطِنٌ) فشهادتها على نفى العلم ولا يصح أن تشهد على البتّ (وحَلَفَ كذلك) بأن يحلف أنه لا يعلم له مال إلخ ؛ إذ يحتمل أن له مالا فى الواقع ولا يعلم به . والمذهب عن ابن رشد : أنه يحلف على البت بأن يقول : ليس عندى مال إلخ (أُنْظِرَ لميْسرَةٍ) فلا يسجن ولا يطالب قبلها وتقدم أنه لا يلزم بتكسب ولا استشفاع ولا بنزع مال رقيق لم يبع عليه .

(ورُجِّحَتْ بيِّنَةُ المَلاءِ) : أى الشهادة به على بينة العدم إن بينت السبب ، بأن قالت : له مال قد أخفاه وكذا إن لم تبين على أحد القولين .

قوله : [ولو بالضرب مرة بعد أخرى] : قال ابن رشد ولو أدى إلى إتلاف نفسه لكن لا يقصد الحاكم إتلافه فإن قصده اقتص منه .

قوله : [أنه لا يعلم له مال] : الأوضح بناء يعلم للفاعل ونصب مالا .

قوله : [والمذهب عند ابن رشد أنه يحلف على البت] : أى وعليه اقتصر ابن عرفة ورجح ابن سلمون أنه يحلف على نفى العلم ومشى عليه خليل باحتمال أنه يكون له مال لا يعلمه بكإرث أو وصية فتحصل أن فى اليمين قولين وأما الشهادة فهى على نفى العلم على كل .

قوله : [ورجحت بينة الملاء] إلخ : يعنى أن المدين إذا شهد عليه قوم بالملاء وشهد له قوم بالعدم فإن بينة الملاء تقدم إن بينت سبب الملاء بأن عينت ما هو ملىء بسببه سواء بينت بينة العدم السبب أم لا .

قوله : [وكذا إن لم تبين على أحد القولين] : قال بعضهم : الذى به العمل تقديم بينة الملاء وإن لم تبين سببه ، والقاعدة تقديم ما به العمل . فإن قيل شهادة بينة الملاء مستصحبة — لأن الغالب الملاء وبينة العدم ناقلة وهى مقدمة على المستصحبة . وأجيب بأن الناقلة هنا شهدت بالنفى ، وبينه الملاء مثبتة والمثبت مقدم على النافى فالقاعدة الأولى التى هى تقديم الناقلة على المستصحبة مقيدة بما إذا لم تشهد الناقلة بالنفى والمستصحبة بالإثبات كما قرره شيخ مشايخنا العدوى .

* (وأخْرِجَ المجهولُ) الحال من الحبس (إنْ طَالَ حَبْسُهُ بالاجْتِهَادِ) من الحاكم بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال ما صبر على الحبس هذه المدة ، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والدَّيْن قلة وكثرة . وأما ظاهر الملاء فلا يخرج إلا ببينة بعدمه على ما تقدم . ومعلوم الملاء يخلد فى السجن حتى يغرم ما عليه أو يأتى بحميل غارم كما تقدم .

(وحُبِسَتَ النِّسَاءُ عند) امرأة (أمينةٍ أو) امرأة (ذَاتَ أمينٍ) من الرجال من زوج أو أب أو ابن ؛ ولا بد أن تكون هى أمينة أيضًا (وحُبِسَ الجَدُّ) : أى جاز حبسه لولد ابنه (و) حبس (الوَلَدُ لأبيه) : فى دين أو غيره (لا العكسُ) : أى لا يحبس والد لولده .

(كاليَمينِ) فللوالد أن يحلف ولده فى حق لا العكس (إلاَّ) اليمين

قوله : [وأخرج المجهول الحال] إلخ : أى بعد حلفه أنه لا مال له ظاهر ولا باطن وإن وجد مالا ليقضين الغرماء حقهم كما قيد به شراح خليل .

قوله : [أو يأتى بحميل غارم] : أى أو تشهد له بينة بذهاب ماله .

قوله : [عند امرأة أمينة] : أى بحيث لا يخشى على النساء منها . وأما الأمرد البالغ والخنثى المشكل فيحبس كل وحده أو عند محرم . وغير البالغ لايحبس .

قوله : [امرأة ذات أمين] : إنما قدر الشارح امرأة ليفيد اشتراط الأمانة فيها أيضاً مع عدم الانفراد فقوله أو ذات أمين عطف على ذلك المحذوف .

قوله : [لا العكس] : أى فالوالد - أباً أو أمًّا - لايحبس لولده ولوألد بدفع الحق والمراد الأب والأم نسباً لارضاعاً وأما رضاعاً فيحبس لدين ولده من الرضاع . قال مالك وإن لم يحبس الوالدان فلا أظلم الولد لهما ، فيجب على الإمام أن يفعل بهما ما يفعل بالمُلدِّ من الضرب وغيره كالتقريع ، لأن ذلك ليس لحق الولد بل لحق الله تعالى ردعاً وزجراً وصيانة لأموال الناس . ولا يقال : إن الضرب أشد من الحبس فمقتضى كونهما لايحبسان أنهما لايضربان ، لأننا نقول : الحبس لدوامه أشد من الضرب - قاله فى الحاشية .

قوله : [فى حق لا العكس] : أى ليس للولد أن يحلف الوالد لأنه عقوق ولا يقضى للولد بتحليف والده إذا شح الوالد وكذلك ليس له حده إن قذفه لأن

(المُنْقَلِبَة) من الولد على والده ؛ كأن يدعى على ابنه بحق فأنكر ولم يحلف الابن لرد دعوى والده فردت على الأبِ فيحلف الأب ليأخذ حقه (أو) اليمين (المتعلق بها حقٌّ غَيْرِهِ) : أى غير الولد؛ كدعوى الأب ضياع صداق ابنته بلا تفريط منه ، وخالفه زوجها وطلبه بجهازها ؛ فيحلف الأب أنه ضاع منه بلا تفريط لحقّ الزوج . وكذا يحلف الأب إذا ادعى قبل سنة من دخولها أنه أعارها شيئاً من جهازها كما تقدم.

* (ولا يُخْرَجُ) المسجون فى حق شرعى أى لا يجاب ولا يقضى بخروجه (لعيادةِ قريبٍ) له (كأبيه) وابنه وزوجته ولو قرب (ولا جُمُعَةٍ وعيدٍ ، و) لا يخرج لأجلِ (عَدُوٍّ) معه فى الحبس لأن القصد من الحبس التشديد (إلا

الحد أشد من اليمين هذا هو قول مالك فى المدونة . وروى عن ابن القاسم أنه يقضى للولد بتحليف والده فى حق يدعيه عليه ويحده ويكون بذلك عاقاً ولا يعذر فيه بجهل، وهو بعيد ؛ فإن العقوق من الكبائر ولا ينبغى أن يمكن أحد من ذلك . وعلى هذا القول الضعيف مشى خليل فى باب الحدود حيث قال : وله حد أبيه وفُسق .

قوله : [كأن يدعى على ابنه بحق] : أى وأما لو ادعى الولد على أبيه بحق وأقام شاهداً ولم يحلف الولد معه فردت اليمين على الأب ؛ فهل يحلف الأب لرد شهادة الشاهد؟ وهو ما قاله(عب)قال(بن) وهو غير صواب ، فقد صرح ابن رشد بأن مذهب المدونة أن الأب لا يحلف فى شىء مما يدعيه الولد عليه ونصه : وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون إنه لايقضى بتحليفه أباه ولا يمكن من ذلك إن دعا إليه وهو أظهر الأقوال لقول الله عز وجل (وَلاتَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهما)[1] الآية ، ولما جاء أنه : « مابَرَّ والديه من شد النظر إليهما أو إلى أحدهما »[2] ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لا يمين للولد على والده » ويشهد لصحته قوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك »[3] . وأما إن

---

(١) سورة الإسراء آية : ٢٣ .

(٢) ما بر أباه من شد إليه الطرف بالغضب : قال فى الجامع الصغير : رواه الطبرانى فى الأوسط وابن مردويه عن عائشة ، وهو ضعيف .

(٣) أنت ومالك لأبيك : عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه متفق عليه . وعن سمرة وابن مسعود فى الطبرانى ضعيف

لخَوْفِ تَلَفِهِ) بقتل أو أسر (فكانٌ آخرُ) يخرج له فيحبس فيه .

ثم شرع فى بيان الحكم الخامس من أحكام الحجر فقال :

● (وللغَرِيمِ) رب الدين (أخذُ عَيْنِ مَالِهِ) الذى باعه للمفلس قبل فلسه عرضاً أو مثلياً أو حيواناً (المَحُوزِ) من حاز ، ولا يقال : أحاز فهو محازَ (عنه) : أى عن الغريم (فى الفَلَسِ) حيث ثبت ببينة أو إقرار من المفلس قبل فلسه (لا) فى (المَوْتِ) : فليس له أخذ عين ماله إن وجده لخراب ذمة الميت بل يكون فى ثمنه أسوة الغرماء (ولو) كان عين ماله (مَسْكُوكاً) فله أخذه فى الفلس عند ابن القاسم حيث عرف بطبع عليه ونحوه ومحل أخذ عين ماله (إنْ

ادعى الوالد عليه دعوى فنكل عن اليمين وردها عليه أو : كان له شاهد على حقه عليه فلا اختلاف فى أنه لا يقضى له عليه فى الوجهين إلا بعد يمينه (اهـ .) باختصار .

قوله : [وللغريم] إلخ : أى وله إبقاؤه للمفلس ، ويحاصص مع الغرماء بثمنه وإذا أراد أخذه فلا يحتاج لحكم إذا لم ينازعه الغرماء .

قوله : [من حاز] : أى فهو ثلاثى كقال ، فاسم المفعول منه محوز كمقول وأصله محُووز استثقلت الضمة على الواو فنقلت إلى الساكن قبلها .

قوله : [ولا يقال أحاز] : أى فيكون رباعياً كأجاز فهو محاز فاسم المفعول منه مجاز . وأصله محوز بضم الميم وسكون الحاء وفتح الواو نقلت فتحة الواو إلى الساكن قبلها فقلبت الواو ألفا لتحركها بحسب الأصل وانفتاح ما قبلها الآن كما لا يخفى .

قوله : [قبل فلسه] : أى وأما إقراره بعد الفلس فاختلف فيه على أربعة أقوال : القبول مع يمين صاحب السلعة ، وبدون يمين وعدمه مطلقاً ، ويحلف الغرماء أنهم لا يعلمون أنها سلعته ، والرابع إن كان على الأصل بينة قبل قوله فى تعيينها وإلا لم يقبل ، وهى رواية أبى زيد عن ابن القاسم .

قوله : [لخراب ذمة الميت] : أى بخلاف المفلس فإن الذمة موجودة فى الجملة ودين الغرماء متعلق بها .

قوله : [ونحوه] : أى كبينة لازمت القابض لها حتى حصل الفلس ورد بـ « لو » على أشهب حيث قال : لا يرجع فى دراهمه المسكوكة بل يحاصص بها لأن الموجود فى

لم يفده الغرماء) بدفع ثمنه للغريم (ولو بمالهم) فأولى بمال المفلس، فإن فدوه فليس له أخذه (ولم ينتقل) عن أصله بناقل ؛ كأن ينتقل الحب (بكطحن حنطة) مثلا ، وأدخلت الكاف: البذر والقلي والعجن والخبز ونحوها ؛ فليس له أخذه بعد النقل (وتسمين زبد): أي جعله سمنا (وتفصيل شقة) ثوبا (وذبح) لحيوان (وتتمر رطب) : أي جعله تمراً (وخلط) لشيء (بغير مثل) كخلط عسل بسمن أو زيت أو قمح جيد بعفن ، وأما خلطه بمثله فغير مفوت (وعمل الخشبة بابا) مثلا .

(بخلاف تعييبها بسماوي) : أي بلا فعل فاعل فله أخذها والحصاص . وخيرته بين أخذها والحصاص تنفي ضرره (أو) حصل التعييب (من المشتري) المفلس ، (فله أخذها) : أي سلعته ولو قال أخذه كان أوضح (ولا أرش له) إن أخذها في نظير العيب عادت السلعة لهيئتها أم لا .

(كالأجنبي) : أي كما لو عيبها أجنبي : أي غير المشتري (وعادت لهيئتها الأولى) فله أخذها ولا أرش له ولو كان المشتري أخذ أرشا قبل عودها .

الأحاديث من وجد سلعته أو متاعه والنقد لا يطلق عليه ذلك وحجة ابن القاسم قياس الثمن على المثمن .

قوله :[بكطحن حنطة] : تمثيل للمنفي، وإنما كان الطحن ناقلا هنا — مع أنه تقدم في الربويات أنه غير ناقل على المشهور — لأن النقل هنا عن العين وهو يكون بأدنى شيء ، والنقل فيما تقدم عن الجنس ولا يكون إلا بأقوى شيء ، فلا تلازم بين البابين .

قوله : [وذبح لحيوان] : أي ولا يجوز التراضي على أخذه بعد الذبح لما فيه من القضاء عن الحيوان بلحم من جنسه وكذا أخذ السمن غير الزبد وكذا التراضي على التمر بدل الرطب والدقيق بدل القمح ، فيمنع جميع ما ذكر لما فيه من القضاء على ثمن الطعام طعاماً من جنسه ، وهو لا يجوز بخلاف التراضي على أخذ الثوب بدل الشقة والباب بدل الخشبة فجائز .

قوله : [ولو قال أخذه كان أوضح] : ومثل ذلك يقال في قوله : بخلاف تعيينها ولهيئتها ونقصها ، ولكنه أنث في هذه المواضع نظراً لذات الشيء .

قوله : [ولو كان المشتري أخذ أرشاً] : استشكل بأنه لايدفع أرش جرح

(وإلا) تَعُدْ لهيئتها (فبنسبة نَقْصِهَا) : أى فله أخذها بنسبة نقصها بذلك العيب عن الثمن الذى باعها به كما لو باعها بعشرة ويوم أخذها معيبة تساوى ثمانية فإما أن يأخذها ويحاصص الغرماء باثنين أو يتركها ويحاصص بجميع الثمن .

(وله) : أى للغريم (رَدُّ بعضِ ثَمَنٍ قُبِضَ) من المفلس قبل التفليس وأخذ عين سلعته وله تركها والمحاصة بما بقى له .

(و) له إن باع متعدداً من السلع أو مثلياً كإردب قمح وفات بعضه عند المفلس والبعض باق (أَخْذُ البَعْضِ) الباقى (وحَاصَّ بالفائِتِ) : أى بما ينوبه من الثمن مفضوضاً عن القيم . وإن شاء ترك ما وجد وحاص بجميع الثمن أو بالباقى منه إن كان قبض بعضاً، لكن لا بد من رد مناب الفائت ؛ كما لو باع عبدين بعشرين وقبض منها عشرة وخرج من يد المشترى أحدهما ببيع أو غيره ثم فلس وأراد الغريم أخذ العبد الباقى فليس له أخذه حتى يرد من العشرة المقبوضة خمسة حيث تساوت قيمتهما لأن العشرة المقبوضة مفضوضة عليهما .

(و) له (أَخْذُهَا مَعَ وَلَدٍ حَدَثَ) لها عند المفلس، وسواء كانت الأم عاقلة أم لا اشتراها المفلس حاملة أم لا . وله المحاصّة بجميع ثمن الأم إن لم يكن

إلا بعد البرء على شين وحينئذ ، فلا يتصور الأرش وإذا عاد لهيئته . وقد يجاب بأنه يتصور فى الجراحات الأربعة ؛ فإن فيها ما قرره الشارع سواء برئت على شين أم لا . والفرق بين جناية المشترى والأجنبى حيث جعلتم الخيار للبائع فى جناية المشترى عاد المبيع لهيئته أم لا. وأما فى الأجنبى فالخيار له على الوجه المذكور إذا عاد المبيع لهيئته فقط أن جناية المشترى حاصلة على ما فى ملكه فليس فيها تعد فأشبهت السماوى بخلاف جناية الأجنبى .

قوله : [رد بعض ثمن] : أى سواء اتحد المبيع أو تعدد . وحاصله : أنه لو باع سلعة أو سلعتين بعشرة مثلا فقبض منها خمسة ثم فلس المشترى فوجد البائع مبيعه قائماً فهو مخير ؛ إما أن يحاصص بالخمسة الباقية ، وإما أن يرد الخمسة التى قبضها ويأخذ سلعته .

قوله : [مفضوضاً عن القيم] : أى قيم السلع .

قبض بعضه ووجه أخذ الولد فيما اشتراها المفلس غير حامل أن الأخذ نقض للبيع .
(أو) أخذها مع أخذ (صُوفٍ تَمَّ حِينَ البيعِ أو) مع أخذ (ثمرةٍ أُبِّرَتْ) فأولى لو طابت حين البيع جز الصوف أو الثمرة أم لا على قول ابن القاسم .
(وإلا) يتم الصوف ولا أبرت الثمرة (فللمُفْلِسِ) : أى فهما للمفلس .
(كالغلةِ) فإنها للمفلس من سمن ولبن وأجرة عمل ، وهذا إن جزّ الصوف أو الثمرة فإن كانا باقيين على أصلهما أخذهما البائع ورجع المفلس عليه بالنفقة على الأصول .
* (والصَّانعُ) كخياط ونجار إذا عمل ما بيده ففلس رب الثوب مثلاً أو مات (أحق — ولو بموْت ما بيَدِهِ) حتى يستوفى منه أجرته لأنه تحت يده كالرهن . وإن فلس قبلّ عمله فهو بالخيار ، إما أن يرده الصانع ويفسخ الإجارة ، وإما أن يعمل ويحاصص .
(وإلا) يكن تحت يده — بأن رده لربه قبل فلسه — أو كان لا يحاز كالبناء

قوله : [فيما اشتراها] إلخ : ما واقعة على أم أى فى الأم التى اشتراها المفلس واشتراها صلة ما .

قوله : [نقض للبيع] : أى فكأنها ولدته فى ملك البائع

قوله : [على قول ابن القاسم] أى فى المدونة . ولأشهب فى المدونة أيضاً : أن الصوف إذا جزه المشترى غلة ليس للبائع حينئذ فيخير البائع بين أخذ الغنم مجزوزة بجميع الثمن أو بتركها ويحاصص الغرماء بجميعه .

قوله : [أى فهما للمفلس] : قال (بن) ولا اختلاف فى هذا .

قوله : [أحق ولو بموت ما بيده] : المبالغة هنا لدفع توهم أن هذه المسألة مقيدة بالفلس كالتى قبلهالاللردعلىخلافالمذهبإذ ليس فى هذهالمسألة خلاف .

قوله : [فهو بالخيار] : الضمير عائد على الصانع . فقوله : « إما أن يرده الصانع » الأولى حذف لفظ الصانع لإيهامه خلاف المراد .

قوله : [وإما أن يعمل ويحاصص] : محل ذلك إن اختار العمل والحصاص من نفسه فإن أمره الغرماء بالعمل فالأجرة كلها لازمة لهم .

قوله : [كالبناء] : أى والنجار فإن صنعتهما فى بيت رب الشىء

أو كان يصنع الشيء عند ربه ويتركه عنده — (فلا) يكون أحق به ، بل تتعين المحاصة . وهذا إذا لم يضف لصنعته شيئاً ، فإن أضاف كصباغ يصبغ الثوب بصبغه ورَقّاع يرقع الفراء أو غيرها برقاع من عنده ، فإنه يشارك بقيمة ما زاده من عنده ، وأما قيمة عمله ، فيكون بها أسوة الغرماء فى الفلس . وأما فى الموت فيحاصص بهما معاً لخراب الذمة وقوله : « والصانع أحق » إلخ ظاهره ولو حيا كًا فيما نسجه وهو المعتمد ، خلافاً لاستثناء الشيخ له .

وشبه بقوله : (وإلا فلا) قوله : (كأجيرِ رَعْيٍ) لغنم أو غيرها (ونحوه) كحارس زرع أو أمتعة يفلس ربها ؛ فلا يكون الأجير أحق بها بل يحاصص الغرماء بماله من الكراء (والمُكْتَرِى) لدابة أو غيرها يفلس أو يموت ربها أحق (بالمُعَيَّنَةِ) من الغرماء حتى يستوفى من منافعها ما نقده من الكراء قبضت قبل الفلس أو الموت أو لا ، لقيام تعيينها مقام قبضها (كَغَيْرِهَا) : أى غير المعينة يكون المكترى أحق بها فى الموت والفلس (إنْ قُبِضَتْ) قبل تفليس ربها أو موته (ولَوْ أُدِيرَتْ) الدواب تحت المكترى ؛ بأن يأتى له ربها كل زمن بدل التى قبلها ، فإن المكترى يكون أحق بالتى تحته . وذكر عكس هذه المسألة بقوله :

قوله : [بل تتعين المحاصة] : أى فى الموت والفلس .

قوله : [وهذا إذا لم يضف لصنعته شيئاً] إلخ : شرط فى قوله : « فلا يكون أحق به » .

قوله : [بصبغه] : هو بالكسر بمعنى الشيء الذى يصبغ به لا بالفتح الذى هو الفعل لأنه ليس مراداً هنا .

قوله : [بقيمة ما زاده] : أى بأن يقوم بانفراده قبل دخول الصنعة فيه .

قوله : [خلافاً لاستثناء الشيخ له] : أى بقوله إلا النسج فكالمزيد لأنه قول ضعيف ، والمعتمد أنه ليس مثله بل كعمل اليد .

قوله : [وإن قبضت] : أى لأن قبضها بمنزلة التعيين لها .

قوله : [وذكر عكس هذه المسألة] : أى فالمسألة السابقة فلس رب الدابة وهذه فلس المكترى .

(وَرَبُّها) : أى الدابة (أحَقُّ بالمَحْمُولِ) عليها من أمتعة المكترى إذا فلس أو مات المكترى حتى يستوفى أجرة دابته منه (إلاّ إذا قَبَضَهُ) : أى المحمول (رَبُّهُ) المكترى ، ثم فلس (وطَال) الزمن عرفًا بعد القبض، فلا يكون رب الدابة أحق بالمحمول عليها بل يكون أسوة الغرماء . وظاهر كلام الشيخ : طال الزمن بعد القبض أم لا وارتضاه بعضهم أيضًا .

* (والمُشْتَرِى) أحق (بسِلْعَة) اشتراها شراء فاسداً ولم تفت (فُسِخَ بَيْعُها) : أى فسخه الحاكم (لفَسَادِهِ) : أى البيع ، وفلس أو مات بائعها قبل الفسخ : أى يكون المشترى أحق بتلك السلعة من الغرماء ليستوفى منها الثمن الذى أقبضه لبائعها قبل فلسه أو موته إذا لم يجد الثمن عند البائع . فإن وجده عنده وعرفه بعينه كان أحق به ، كما أشار له بقوله :

قوله : [وربها أى الدابة] : مثل الدابة السفينة .

قوله : [حتى يستوفى أجرة دابته] : أى فيأخذ أجرة دابته من المحمول عليها وأجرة السفينة من المحمول عليها فى الموت والفلس ، فإن بقى فضل من المحمول كان الباقى للغرماء وليس المراد أنه يأخذ المحمول مطلقاً ولو كانت قيمته أكثر من الأجرة .

قوله : [والمشترى أحق بسلعة] : إلخ حاصله أن من اشترى سلعة شراء فاسداً بنقد دفعه لبائعه أو أخذها عن دين فى ذمته ، وكان الشراء فاسداً ، ثم فلس البائع قبل فسخ البيع وقبل الاطلاع ، فإن المشترى يكون أحق بالسلعة إذا لم يوجد الثمن عند البائع فى الموت والفلس إلى أن يستوفى ثمنه . وهذا هو المشهور من أقوال ثلاثة . والثانى : لا يكون أحق بها وهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس لأنه أخذها عن شىء لم يتم ، والثالث : إن كان اشتراها بالنقد ، فهو أحق بها من الغرماء وإن كان أخذها عن دين فلا يكون أحق بها — الأول : لسحنون : والثانى : لابن المواز والثالث : لابن الماجشون ، ومحلها : إذا لم يطلع على الفساد إلا بعد الفلس أو الموت . وأما لو اطلع عليه قبل فهو أحق بها باتفاق ومحلها أيضاً إذا كانت السلعة قائمة وتعذر رجوع المشترى بثمنه . وأما إذا كان قائماً وعرف بعينه تعين أخذه ولا علقة له بالسلعة . وهذا التقييد إنما يأتى إذا اشتراها بالنقد لا بالدين ومحلها أيضا إذا

(و) أحق (بِثَمَنِهَا إنْ وَجَدَهُ) عند البائع ، فإن فات كان أحق بالسلعة إن لم تفت ، فإن فاتت أيضًا دخلت فى ضمان المشترى بالثمن أو بالقيمة وحاصّ بزائدها على الثمن إن زادت عليه .

كانت السلعة وقت التفليس أو الموت بيد المشترى ، وأما لو ردت للبائع وفلس بعد ذلك فهو أسوة الغرماء . هذا هو الذى يفيده كلام ابن رشد ومشى عليه (شب) وهو المعتمد كذا قرره شيخ مشايخنا العدوى .

قوله : [فإن فات كان أحق بالسلعة إن لم تفت] : الحاصل أنه تارة يكون أحق بثمنه مطلقاً وذلك فيما إذا كان موجوداً لم يفت ، وتارة بالسلعة على المعتمد وذلك إذا كانت قائمة عند المشترى وتعذر الرجوع بثمنها ،وتارة يكون أسوة الغرماء فى زائد الثمن ، وذلك فيما إذا فاتت وتعذر الرجوع بثمنها ومضت بالقيمة وكان الثمن زائداً عليها .

قوله : [وحاص بزائدها على الثمن إن زادت عليه] : هكذا نسخة المؤلف وصوابه : وحاص بزائده على القيمة إن زاد عليها ، فتدبر .

باب

فى بيان أسباب الحجر وأحكامه

- (سَبَبُ الحَجْرِ) : أى أسبابه سبعة :
- خمسة عامة واثنان خاصان بما زاد على الثلث .

وأشار للخمسة العامة بقوله :

(فَلَسٌ) بالمعنى الأعم أو الأخص ؛ وقد تقدم الكلام عليه فى الباب قبله مستوفى .

(وجُنُونٌ) بصرع أو استيلاء وسواس .

(وصِبًا) .

و (تبذيرٌ) لمال .

باب :

لما أنهى الكلام على ما أراد من مسائل التفليس، أعقبه بالكلام على بقية أسباب الحجر ، وهو لغة يقال للمنع والحرام ولمقدم الثوب ، ويثلث أوله فى الجمع ، وشرعاً — قال ابن عرفة : صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فى الزائد على قوته أو تبرعه بماله ، قال : وبه دخل حجر المريض والزوجة (اهـ) .

قوله : [وقد تقدم الكلام عليه] : أى وإنما ذكره هنا جمعاً للنظائر .

قوله : [بصرع] : أى وهو الذى يلبسه الجن .

قوله : [أو استيلاء وسواس] : أى وهو الذى يخيل إليه ، وسواء كان كل منهما دائماً أو متقطعاً . والتقييد بالصرع أو الوسواس مخرج لما كان بالطبع أى غلبة السوداء فإن صاحبه لا يفيق منه عادة ، فلا يدخل فى كلام المصنف؛ لأن الحجر فيه لا غاية له .

قوله : [وتبذير لمال] : وهو حجر السفه لأن التبذير هو بحكم إحسان التصرف فى المال .

. (ورِقٌّ) وأشار بقوله:

(ومَرَضٌ) متصل بموت (ونِكَاحٌ بزوجةٍ): أى فالزوج يحجر عليها فيما زاد على الثلث وليس لها حجر على زوجها ولذا قيده بقوله: «بزوجة»؛ أى أنه سبب للحجر على الزوجة فقط؛ إذا علمتَ ذلك:

* (فالمجنونُ) بما ذكر محجور عليه. والحجر لأبيه أو وصيه - إن كان - وجُنَّ قبل بلوغه وإلا فللحاكم إن وجده منتظماً، وإلا فجماعة المسلمين ويمتد الحجر عليه (للإفَاقَةِ) من جنونه. ثم إن أفاق رشيداً انفك حجره بلا حكم وإن أفاق صبياً أو سفيهاً حجر عليه لأجلهما.

(والصبى) محجور عليه لمن ذكر (لبُلُوغِهِ رَشِيداً)، فإن بلغ سفيهاً

قوله: [وأشار بقوله ومرض] إلخ: فى الكلام حذف والأصل وأشار للاثنين الخاصين بقوله ومرض إلخ.

قوله: [متصل بموت]: إنما قيد بذلك مع أن كل من مرض مرضاً مخوفاً يحجر عليه؛ لأن ثمرة الحجر لا تتم إلا بالموت.

قوله: [أى أنه سبب] إلخ: أى أن الزوج سبب للحجر على زوجته الحرة الرشيدة الصحيحة فى زائد الثلث لا غيره كما يأتى.

قوله: [بما ذكر]: أى بالصرع أو الوسواس.

قوله: [وإلا فللحاكم]: أى وإلا يكن أب ولا وصى - جن قبل البلوغ أم لا أو جن بعد البلوغ والرشد - فالحاكم وإن كان الأب أو الوصى موجوداً.

وقوله: [إن وجده منتظماً]: يحترز عن حكام الجور، فلا يعتبر وجودهم بل جماعة المسلمين تقوم مقامهم.

قوله: [انفك حجره بلا حكم]: خلاصته أنه لا يحتاج للفك مطلقاً حيث زال جنونه وهو رشيد كان جنونه طارئاً بعد البلوغ والرشد أم لا.

قوله: [حجر عليه لأجلهما]: أى لأجل السفه أو الصبا.

قوله: [محجور عليه لمن ذكر]: أى الأب والوصى والحاكم وجماعة المسلمين على الترتيب.

حجر عليه للسفه (في) الولد (ذي الأب) ولا يحتاج لفك حجره (و) إلى (فَكِّ الوَصِيِّ و) فك (المُقَدَّم) عليه من القاضي . والحاصل: أن الصبي إذا رشد لحفظ ماله لا يحتاج إلى فك الحجر عنه من أبيه بخلاف المقدم والوصي فيحتاج ، بأن يقول للعدول : اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان وأطلقت له التصرف لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه فتصرفه بعد الفك لازم لا يرد ولا يحتاج لإذن الحاكم في الفك .

* (وزِيدَ) على البلوغ والرشد وفك الوصي والمقدم (في الأنْثَى : دخولُ زَوْجٍ بها) بالفعل (وشَهَادَةُ العُدُولِ بِحِفْظِهَا مَالَهَا) وإنما احتيج للإشهاد لأن شأن النساء الإسراف ؛ فمدار الرشد عندنا على صون المال فقط دون صون الدين .

قوله : [ولا يحتاج لفك حجره] : حاصله : أنه متى بلغ عاقلا رشيداً زالت ولاية الأب عنه بمجرد ذلك من غير احتياج إلى فك ، ومع الفك في الوصي والحاكم ومقدمه . وهذا من حيث تدبير نفسه وصيانة مهجته وتصرفاته ، فلا يمنع من الذهاب حيث يشاء إلا أن يخاف عليه الفساد لجماله مثلا وإلا كان لأبيه أو وصيه بل وللناس أجمعين منعه .

قوله : [وزيد على البلوغ] : أي يزاد في خروج الأنثى البكر من حجر الأولياء الثلاثة — الأب والوصي والمقدم — شرطان: دخول الزوج بها ، وشهادة العدول على صلاح حالها . وعلى هذا فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إلا بأمور أربعة : بلوغها ، وحسن تصرفها . وشهادة العدول بذلك ، ودخول الزوج بها وأما ذات الوصي والمقدم فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمور خمسة ؛ هذه الأربعة ، وفك الوصي أو المقدم فإن لم يفكا الحجر عنها كان تصرفها مردوداً ولو عنست أو دخل بها الزوج وطالت إقامتها عنده :

قوله : [فمدار الرشد عندنا] : أي وأما الشافعية : فالرشد عندهم بصلاحهما معاً ، فمتى كانت مسرفة في دينها فهي غير رشيدة عندهم وتصرفها مردود وإن كانت مصلحة لدنياها .

● (وَلِلْوَلِىِّ) أب أو غيره (رَدُّ تَصَرُّفِ) سفيه أو صبى (مُمَيِّزٍ بِمُعَاوَضَةٍ) بلا إذن وليه ؛ كبيع وشراء وهبة ثواب .
* (وإلا) يكن بمعاوضة : كهبة وصدقة وعتق (تَعَيَّنَ) على الولى رَده (كَإِقْرَارٍ) من المحجور (بِدَيْنٍ) فى ذمة (أو إتْلَافٍ) لمال يتعين رد الإقرار بذلك ، فإن ثبت عليه بالبينة جرى على ما سيأتى .
* (وَلَهُ) : أى المميز رد تصرف نفسه قبل رشده (إنْ رَشَدَ) حيث

قوله : [وللولى] إلخ : حاصله أن المميز والسفيه إذا تصرفا فى مالهما بمعاوضة مالية بغير إذن وليهما ، وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ، فإن لوليهما الخيار بين الإجازة والرد ولا فرق بين العقار وغيره . قال فى البيان : إذا باع اليتيم دون إذن وصيه أو صغير بدون إذن أبيه شيئاً من عقاره أو أصوله بوجه السداد فى نفقته التى لابد له منها ، وكان لا شىء له غير الذى باع أو كان له غيره ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله اختلف فيه . على ثلاثة أقوال : أحدها : أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بشىء من الثمن لأن المشترى سلطه على إتلافه . الثانى : برد البيع إن رأى الولى المصلحة فيه ولا يبطل الثمن عن اليتيم ويؤخذ من ماله الذى صونه بذلك الثمن . فإن ذهب ذلك المال المصون وتجدد غيره فلا يتبع بالثمن . الثالث : أن البيع يمضى ولا يرد . والمعتمد من هذه الأقوال أوسطها ، ولذا اختاره شارحنا . وأما إن باع بأقل من الثمن أو لغير مصلحة فإن البيع يرد قولا واحداً ولا يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه فيما لابد له منه (اه.ملخصا) فقول المصنف : وللولى رد. تصرف : أى وله الإجازة، فاللام للتخيير إذا استوت المصلحة فإن تعينت فى أحدهما تعين ويصح جعل اللام للاختصاص . والمعنى : وللولى لا لغيره رد تصرف مميز . وهذا لاينافى أن الرد متعين إذا كانت المصلحة فيه وكذا الإجازة إن كانت لمصلحة فيها .

قوله : [جرى على ما سيأتى] : أى فى قوله وضمن ما أفسد فى الذمة إلخ .

قوله : [رد تصرف نفسه] : أى سواء كان تصرفه بما يجوز للولى رده كالمعاوضة أو بما يجب عليه رده كالعتق والهبة وأما وارث المحجور ، فهل ينتقل له ما كان لمورثه من رد التصرف أم لا؟ قولان مرجحان كما فى (بن) . وإذا حصل رد للتصرف

تركه وليه لعدم علمه بتصرفه أو لسهوه أو للإعراض عن ذلك لغير مصلحة أو لم يكن له ولي (وَلَوْ حَنَثَ بَعْدَ رُشْدِهِ) : أي بلوغه رشيداً وهذا أحسن من قوله : « بعد بلوغه » كما لو حلف حال صغره : أنه إن فعل كذا فزوجته طالق أو عبده حر ففعله بعد رشده فله رده فلا يلزمه طلاق ولا عتق وله إمضاؤه (أَوْ وَقَعَ) تصرفه حال صباه (صَوَاباً) ، فله رده بعد رشده وإمضاؤه حيث تركه وليه .

• (إلا كدِرْهَمٍ لعَيْشِهِ) : أي لضرورة عيشه فلا يحجر عليه فيه ، ولا يردّ فعله فيه إلا ألا يحسن التصرف فيه ومثله السفيه كما يأتي في تشبيهه به .

• (وضَمِنَ) الصبي ولو غير مميز (ما أفْسَدَ) من مال غيره (في الذّمة) فتؤخذ قيمة ما أفسده من ماله الحاضر إن كان، وإلا اتبع بها في ذمته إلى وجود مال (إنْ لَمْ يُؤْمَن) الصبي على ما أتلفه (وإلاَّ) بأن أمِن عليه (فَلاَ) ضمان عليه ، لأن مَنْ أمنه قد سلطه على إتلافه . فإن كان الذي أمنه هو رب المال فقد

فالغلة الحاصلة فيما بين تصرفه ورده للمشتري كان الرد منه أو من الولي إن لم يعلم المشتري أنه مولى عليه وهذا في المميز . وأما غيره فترد الغلة مطلقاً علم المشتري أو لم يعلم لبطلان بيعه — كذا في الأصل .

قوله : [ولو حنث بعد رشده] : هذا هو المشهور خلافاً لابن كنانة القائل : إذا حنث بعد بلوغه لزمه ما حلف به من صدقة أو عتق وليس له رده .

قوله : [وهذا أحسن من قوله بعد بلوغه] : إنما كان أحسن لأنه محل الخلاف ، وأما حنثه بعد البلوغ وقبل الرشد فكحنثه قبل البلوغ باتفاق .

قوله : [أو وقع تصرفه] إلخ : هو في حيز المبالغة .

قوله : [حيث تركه وليه] : أي غير عالم بتصرفه . وأما لو علم به وتركه مع كونه صواباً فلا رد له .

قوله : [ولو غير مميز] : قال ابن عرفة : إلا ابن شهر فلا ضمان عليه لأنه كالعجماء كذا في الأصل .

قوله : [قد سلطه على إتلافه] : أي وهو محجور عليه ولو ضمن المحجور لبطلت فائدة الحجر .

ضاع هدراً وإن كان غيره فعلى المؤمن الضمان لتفريطه . وكثيراً ما يقع أن الإنسان قد يرسل مع صبي شيئاً ليوصله إلى أهل محل فيضيع من الصبي أو يتلف ، فلا ضمان على الصبي ، وإنما الضمان على من أرسله به فإن كان المرسل رب المال فهدر .

(إلاَّ أنْ يُصَوِّن) الصبي بضم حرف المضارعة وفتح الصاد المهملة وتشديد الواو بالكسر (بِهِ) : أى بما أمن عليه (مَالَهُ) فيضمن الأقل مما صَوَّنَهُ به وما أتلفه . فإذا أكل مما أمن عليه بما يساوى عشرة أو اكتسى بما يساويها حتى حصن من ماله ما يساويها أو أقل أو أكثر ، فإنه يغرم من ماله الموجود الذى صوّنه الأقل مما أنفقه على نفسه وما صون به ؛ فإذا صون بالعشرة خمسة عشر غرم العشرة ، وإذا صون بها ثمانية غرم الثمانية ؛ وهذا معنى قوله :

(فالأقَلُّ) يغرمه (فى مَالِهِ) الذى صونه (إنْ كانَ) له مال وقت الإتلاف (وَبَقِيَ) لوقت الحكم ، وإلا فلا غرم عليه ولو استفاد مالا بعد الإتلاف . فعلم أنه لا يتعلق الضمان بذمته بل المال الذى أصانه بما أنفقه . والمشهور فى المجنون والصبي غير المميز إذا أتلفا ما لا أو حصل منهما جناية ولو على نفس أنهما يضمنان المال فى ذمتهما والدية على عاقلتهما إن بلغت الثلث ، وإلا فعليهما فى مالهما حيث وجد لتعلقهما بالذمة ، فقولنا : « وضمن فى الذمة » يشمل الصبي المميز وغيره على المعتمد . قال بعض المحققين : وعليه فالذمة ثابتة للجميع فلا يشرط فيها التمييز فضلا عن التكليف (اهـ) . وخلاف المشهور قولان : لا شيء عليهما مطلقاً كالعجماء فعلها هدر ، وقيل : لا شيء عليهما فى إتلافهما المال ، وأما الدية فعلى العاقلة إن بلغت الثلث .

قوله : [فعلى المؤمن] : بكسر الميم اسم فاعل .

قوله : [والمشهور فى المجنون] إلخ : أى لقول ابن عبد السلام ، والقول الأول أظهر يعنى به هذا القول لأن الضمان من باب خطاب الوضع الذى لايشترط فيه التكليف بل ولا التمييز .

قوله : [إن بلغت الثلث] : أى قدر ثلث الدية الكاملة فأكثر .

● (وَصَحَّتْ وَصِيَّتُهُ) : أى المميز (إذا - لَمْ يَخْلِطْ) فيها ؛ فإن خلط بأن تناقض فيها أو أوصى بغير قربة لم تصح .

● (والسَّفِيهُ كَذَلِكَ) : أى مثل الصبى المميز فى جميع ما تقدم من قوله: «وللولى رد تصرف مميز» إلى هنا .

واستثنى من ذلك استثناء منقطعًا - لأن غالبه لايدخل فى أحكام الصبى - قوله:

(إلا طَلَاقَهُ) فإنه يلزمه بخلاف الصبى فلا يلزمه وللولى رده وله هو إن رشد كما تقدم (و) إلا (استلحاقَ نَسَبٍ) بأن يقول : هذا ولدى (ونَفْيهُ) : أى النسب بلعان فلازم له ليس لوليه رده (و) إلا (عِتْقَ مُسْتَوْلَدَتِهِ) فلازم له ويتبعها مالها ولو كثر على الأرجح وهذه الثلاثة لا تتصور فى الصبى .

(و) إلا (قِصَاصًا) ثبت عليه بالبينة فيلزمه ويقتص منه بخلاف الصبى فالدية على ما تقدم كالمجنون (و) إلا (عَفْوًا) عن قصاص ثبت له على جان عليه

قوله : [وصحت وصيته] : أى حصلت فى حال صحته أو مرضه .

قوله : [بأن تناقض فيها]: حاصله : أنه متى لم يتناقض فيها ولم تكن فى معصية كانت صحيحة سواء كانت لفقير أو لغنى كان الموصى له صالحاً أو فاسقاً أما إن تناقض، كأن يقول : أوصيت لزيد بدينار أوصيت له بدينارين كانت باطلة ولو كان كان الموصى له فقيراً . وكذا لو أوصى بمعصية كإيصائه لأهل المعاصى بخمر أو بتعمير كنيسة .

قوله : [لأن غالبه لايدخل] إلخ : مراده بالغالب الاستلحاق ونفيه وعتق المستولدة . وفى جعل هذا غالباً نظر بل الغالب هى الأحكام التى يتوهم دخول الصبى فيها ؛ وهى الطلاق والقصاص والعفو والإقرار فتأمل .

قوله : [فإنه يلزمه] : أى يلزم السفيه البالغ الطلاق لأن شرط لزومه البلوغ وهو موجود

قوله : [كما تقدم] : أى فى قوله : « وله إن رشد ولو حنث بعد رشده » .

قوله : [وهذه الثلاثة لاتتصور فى الصبى] : أى الاستلحاق ونفيه وعتق المستولدة لاستحالة ثبوت الولادة له فى هذه الحالة وأما الطلاق فممنوع منه شرعاً .

قوله : [بخلاف الصبى] : أى فلا يقتص منه لعدم تكليفه .

أوعلى وليه فإنه يلزمه ولايرد . وأما الخطأ والعمد الذى يتعين فيه المال كالجائفة فليس له العفو لأنه من المال بخلاف الصبيّ فليس له عفو مطلقاً .

(و) إلا (إقْرَاراً بعُقُوبَةٍ) أى بموجب عقوبة كأن يقول: أنا جنيت على زيد أو قذفته فيلزمه الحد .

* (بِخِلَافِ المَجْنُونِ) : فى الجميع فلا يلزمه شىء من ذلك كالصبى . والدية إن بلغت الثلث فأكثر على عاقلتهما وإلا فعليهما كالمال كما تقدم .

● (وتَصَرُّفُ الذَّكَرِ) السفيه المحقق السفه (قَبْلَ الحَجْرِ) عليه — بأن كان مهملا لا ولى له — (مَاضٍ) : أى لازم لا يرد ولو تصرف بغير عوض كعتق ؛ لأن علة الرد الحجر عليه وهو مفقود . وهذا هو قول مالك وكبراء أصحابه ، وقال ابن القاسم : لا يمضى ، فلمن يتولى عليه من حاكم أو مقدم الرد وله إن

قوله : [كالجائفة] : أدخلت الكاف باقى الجراحات الأربعة .

قوله : [فليس له عفو مطلقاً] : أى فى مال أو غيره .

قوله : [وتصرف الذكر] : أى البالغ بدليل قوله : بخلاف الصبى ، فجملة شروط تصرف السفيه أربعة : الذكورة ، والبلوغ ، وتحقق السفه ، وكونه قبل الحجر .

قوله : [قبل الحجر عليه] : أى سواء كان سفهه أصلياً غير طارئ أو طرأ بعد بلوغه رشيداً فالخلاف المذكور جار فى المسألتين كما قال ابن رشد . ونص كلام ابن رشد فى الأسمعة : وأما اليتيم الذى لم يوص أبوه لأحد ولا أقام السلطان عليه ولياً ولا ناظراً ، فى ذلك أربعة أقوال : أحدها : أن أفعاله كلها بعد بلوغه جائزة نافذة رشيداً ، كان أو سفيهاً معلناً بالسفه أو غير معلن ، اتصل سفهه من حين بلوغه أو سفه بعد حصول الرشد منه من غير تفصيل فى شىء من ذلك وهو قول مالك وكبراء أصحابه ، ثم قال الرابع : أن ينظر لحاله يوم بيعه وابتياعه وما قضى به فى ماله . فإن كان رشيداً فى أحواله جازت أفعاله كلها وإن كان سفيهاً لم يجز منها شىء من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لايتصل وهو قول ابن القاسم . واتفق جميعهم أن أفعاله جائزة لم يرد منها شىء إذا جهلت حالته ولم يعلم برشد ولا سفه — وانظر بقية الأقوال فى (ح) (اه بن من حاشية الأصل) .

قوله : [وقال ابن القاسم لا يمضى] : أى لأن العلة السفه وهو موجود .

رشد والمعتمد الأول .

* (بِخِلَافِ) تصرف (الصَّبِيِّ) فإنه غير ماض وله رده إذ رشد كما تقدم .

(و) بخلاف (الأُنْثَى) المهملة فتصرّفها مردود ولو تزوجت (إلا أنْ يَدْخُلَ بها زَوْجٌ ويَطُولَ) مكثها معه (كسَبْعٍ) من السنين فأكثر وتتصرف بعد ذلك فيمضي ولا يرد .

* (وبَعْدَهُ) : أى وتصرفه بعد الحجر عليه (مَرْدُودٌ) ولوحسن تصرفه ، ما لم يحصل الفك عنه من وصى أو حاكم أو مقدم عند مالك وجلّ أصحابه لوجود علة الحجر عليه .وقال ابن القاسم: إذا رشد فتصرفه ماض قبل الفك لأن العلة مجرد السفه وقد زال برشده فما تقدم أنه لا بد من الفك فى غير ذى الأب مبنى على قول الإمام .

● (والوَلِىُّ) أصالة على المحجور من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه

قوله : [فإنه غير ماض] : أى اتفاقاً .

قوله : [فتصرفها مردود ولو تزوجت] : أى حيث علم سفهها فإن علم رشدها ففى (بن) مضى أفعالها . وقال فى الأصل : أفعال المهملة مردودة حتى يمضى لها عام بعد الدخول (اهـ) .

قوله : [إلا أن يدخل بها زوج ويطول] إلخ : هذا مخالف لتفصيل (بن) ومخالف لما مشى عليه فى الأصل،وانظر فى ذلك فتحصل من مجموع كلام (بن) والأصل أن المهملة معلومة الرشد تصرفها ماض تزوجت أم لا. وأما غير معلومة الرشد فتصرفها مردود حتى يدخل بها الزوج ويمضى عام . وأما سبع السنين التى ذكرها المصنف فهو قول ضعيف فى ذات الأب المحجور عليها فإنه تقدم أن مجرد الدخول وشهادة العدول كاف فى ذلك .

قوله : [أى وتصرفه بعد الحجر] إلخ : بيان لما انبنى على الخلاف المتقدم بين مالك وابن القاسم .

قوله : [مبنى على قول الإمام] : أى لكون العلة عنده الحجر .

قوله : [لم يطرأ عليه السفه] : نسخة المؤلف بألف بعد الراء ولا وجه لها .

بعد رشده أو مجنون كذلك : (الأبُ) الرشيد لا الجد ولا الأخ والعم إلا بإيصاء من الأب (وله البَيْعُ) لمال ولده المحجور عليه (مُطْلَقًا) ربعًا أو غيره وتصرفه محمول على المصلحة فلا يتعقب بحال وإن لم يبين السبب .

(ثم) يليه (وَصِيُّهُ) فوصى وصيه (وإنْ بَعُدَ . ولا يَبيعُ) الوصى (العَقَارَ) الذى لمحجوره : أى لا يجوز له بيعه (إلاّ لسبَبٍ) يقتضى بيعه مما يأتى (وبَيِّنَةٍ) بأن يشهد العدول أنه إنما باعه لكذا .

(ولَيْسَ له) : أى للوصى (هِبَةُ الثَّوَابِ) من مال محجوره ، لأن هبة الثواب إذا فاتت بيد الموهوب لم يلزمه إلا القيمة، والوصى كالحاكم ؛ فليس له البيع بالقيمة إلا لضرورة بخلاف الأب .

قوله : [بعد رشده] إلخ : أى وأما من طرأ عليه السفه بعد رشده فوليه الحاكم وقوله أو مجنون كذلك أى حكمه حكم السفيه إن طرأ عليه الجنون بعد الرشد فوليه الحاكم وإلا فالأب أو وصيه وسيأتى ذلك .

قوله : [الأب الرشيد] : أى وأما السفيه فلا كلام له ولا لوليه إلا إذا كان الولى مقاماً على الأولاد كما هو مقام على أبيهم .

قوله : [والعم] : معطوف على الأخ مسلط عليه لا .

قوله : [وإن لم يبيِّن السبب] : أى سبب من الأسباب الآتية أو غيرها . وهذا لاينافى أنه لابد من وجود سبب حامل له على البيع إذ لايحل للأب أن يبيع بدون سبب أصلا .

قوله : [بأن يشهد العدول] : أى فالمراد ببيانه إثباته بالبينة لامجرد ذكره باللسان وإن لم يعرف إلا من قوله .

والحاصل : أن الأشياخ اختلفوا فيما إذا باع الوصى عقاراً ليتيم ، هل يصدق الوصى فى السبب الذى يذكره ولا يلزمه إقامة البينة عليه أو لايصدق ويلزمه إقامة البينة عليه ؟ قولان اختار شارحنا الثانى . بخلاف الأب إذا باع عقار ولده الذى فى حجره ، فإنه لايكلف إثبات السبب الذى باع لأجله بل فعله محمول على النظر ولو باع متاع ولده من نفسه عند كثير من أهل العلم .

قوله : [إلا لضرورة] : إنما منع الوصى من هبة الثواب لغير ضرورة لأنها

* (فالحَاكِمُ) يليهما (عِنْدَ فَقْدِهِمَا) : أى الأب ووصيه (أوْ لِمَنْ طَرَأ عليه الجُنُونُ أو السَّفَهَ بَعْدَ رُشْدِهِ) ولا يكون الرشد إلا بعد البلوغ .

* (وَبَاع) الحاكم من مال المحجور ما دعت إليه الضرورة كالنفقة ووفاء الدين ونحوهما (بِثُبُوتِ) : أى بعد ثبوت (يُتْمِهِ) عنده (وإهْمَالِهِ): أى خلوه عن وصى أو مقدم (ومِلْكِهِ) : أى اليتيم ومثله السفيه والمجنون (لما بِيعَ) أى لما يراد بيعه (و) ثبوت (أنَّهُ الأوْلَى) بالبيع من غيره (والتَّسَوُّقِ) : بالمبيع بإظهاره للبيع والمناداة عليه لحصول الرغبة فيه (وعدم إلْفَاء) : أى وجود (زَائِدٍ) على الثمن الذى أعطى فيه (و) ثبوت (السَّدَادِ فى الثَّمَنِ) المعطىَ فيه وأن يكون الثمن عينًا حالاً لاعرضًا ولا مؤجلا (و) يجب (التَّصْرِيح بأسْمَاءِ الشُّهُودِ) فى وثيقة البيع وإلا نقض حكمه .

لا يقضى فيها بالقيمة إلا بعد الفوات كما أفاده الشارح وقبل الفوات مخير بين الرد وإعطاء القيمة والقيمة التى يقضى بها إنما تعتبر يوم الفوات . ومن الجائز أن تنقص قيمته يوم الفوات عن قيمته يوم الهبة وهذا ضرر باليتيم فلذا لم يجز للوصى هبة الثواب بخلاف البيع فإنه بالعقد يدخل فى ضمان المشترى فإذا حصل نقص بعد ذلك فلا ضرر على اليتيم (اه بن) .

قوله : [ولا يكون الرشد إلا بعد البلوغ] : أى لأن الرشد بلوغ وحسن تصرف .

قوله : [وباع الحاكم]: أفاد الشيخ فى هذا المقام أن بيع الحاكم يكون بشروط عشرة دعاء الضرورة لوفاء دين ونحوه وثبوت يتمه وإهماله وملكه لما يراد بيعه وثبوت أنه الأولى بالبيع والتسوق بالمبيع وعدم إلفاء زائد على الثمن الذى أعطى فيه والسداد فى الثمن وكونه عيناً وحالا لا عرضاً ولا مؤجلا .

قوله : [ومثله السفيه والمجنون] : أى فلا يبيع لهما الحاكم إلا بتلك الشروط العشرة .

قوله : [وعدم إلفاء] إلخ : هو بالفاء لا بالغين المعجمة .

قوله : [فى وثيقة البيع] : بأن يكتب فى السجل : ثبت عندى بشهادة فلان وفلان يتمه إلى آخر الشروط .

* (لا حَاضِنٌ) فليس له تصرف ببيع ونحوه (كجدّ وأخٍ) وعم وأم ليس لهم ذلك ، وينقض فعلهم .

(وعمِلَ بإمضاءِ) التصرف (اليَسِيرِ) من الحاضن ونحوه ، وهو الذى تتوقف عليه ضرورة المعاش من أكل أو كسوة، فلا ينقض ما باعه ولا يتبع به المتصرف ، والظاهر أنه يختلف باختلاف العرف فلا يحد بعشرة دنانير أو أكثر ، قال ابن هلال : فعلى ما جرى به العمل لا يبيعه إلا بشروط : وهى معرفة الحضانة وصغر المحضون والحاجة الموجبة للبيع ويسارة المبيع وأنه أحق ما يباع ، ومعرفة السداد فى الثمن فيشهد بهذه الشروط بينة معتبرة شرعاً ، وهذا المعنى مستوفى فى كتب الموثقين (اهـ) ، قال فى التوضيح : إذا أقيم على المبتاع فيما باعه الكافل فعليه أن يثبت هذه الشروط وأنه أنفق الثمن عليه وأدخله فى مصالحه فإذا اختل شرط منها فالمحضون إذا كبر الخيار فى رد البيع وإمضائه . واستحسن كثير من المتأخرين من أن العرف الجارى بين الناس — كأهل البوادى والأرياف وغيرهم — بموت

قوله : [لاحاضن] : أى كافل فمراده بالحاضن الكافل الذى يكفل اليتيم ذكراً كان أو أنثى قريباً كان أو أجنبياً .

قوله : [لا يبيعه] : أى شىء المحضون .

قوله : [وهى معرفة الحضانة] : أى معرفة أنه كافل له وإن لم يكن حاضنا شرعياً .

قوله : [ومعرفة السداد] إلخ : ويزاد أن يكون الثمر حالا .

قوله : [فعليه أن يثبت] إلخ : الضمير عائد على الكافل بدليل ما بعده .

قوله : [وأنه أنفق الثمن عليه] : هذا شرط ثامن .

قوله : [وأدخله فى مصالحه] : شرط تاسع فجملة الشروط تسعة بالشرط الذى زدناه .

قوله : [واستحسن كثير من المتأخرين] : أى فيعمل به كالنص ، بل نقل ابن غازى رواية عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصى بدون هذا العرف وذكر أبو محمد صالح أن هذه الرواية جيدة لأهل البوادى لأنهم يهملون الإيصاء .

قوله : [من أن العرفَ] إلخ : من بيانية بيان للاستحسان على حد « فاجتنبوا

الواحد منهم ولا يوصى على أولاده اعتماداً على أخ أوجد أو عم لهم يعرف بالشفقة عليهم ، ينزل منزلة التصريح بإيصائه عليهم وله البيع فى القليل والكثير بشروطه السابقة فيمضى ولا ينقض وليس للولد بعد كبره كلام ، وهى مسألة نافعة كثيرة الوقوع ولا سيما فى هذه الأزمنة .

● (والسَّفَهُ) الذى هو أحد أسباب الحجر : هو (التَّبذِيرُ) : أى صرف المال فى غير ما يراد له شرعـًا وفسره بقوله :

(بصَرْفِ المَالِ فِى مَعْصِيَةٍ كخَمْرٍ وقُمارٍ) بضم القاف ؛ أصله المغالبة فى الشيء ، والمراد به : اللعب بالدراهم كلعب الصطرنج والطاب ونحوهما على أن من غلب صاحبه فله من المعلوم كذا وهو محرم إجماعـًا (أو) بصرفه (فى مُعَامَلَةٍ) من بيع أو شراء (بغَبْنٍ فَاحِشٍ) خارج عن العادة (بلا مَصْلَحَةٍ) تترتب عليه بأن يكون شأنه ذلك من غير مبالاة (أو) صرفه (فى شَهَوَاتٍ) نفسانية (على خِلافِ عَادَةِ مِثْلِهِ) فى مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه ونحو ذلك (أو بإتْلافِهِ هَدَرًا) : كأن يطرحه على الأرض أو يرميه فى بحر أو مرحاض كما يقع لكثير من السفهاء يطرحون الأطعمة والأشربة فيما ذكر ولا يتصدقون بها .

● (وَيَتَصَرَّفُ الوَلِىُّ) على المحجور وجوبـًا (بالمصْلَحَةِ) العائدة على

الرجس من الأوثان » .

قوله : [بشروطه السابقة] : أى وهى الشروط التى ذكرت فى الحاكم .

قوله : [ولا سيما فى هذه الأزمنة] : أى التى عدم فيها الحكام الشرعيون .

قوله : [والمراد به اللعب بالدراهم] : أى اللعب الذى يتسبب عنه ضياع الدراهم .

قوله : [كلعب الصطرنج] : نسخة المؤلف بالصاد والطاء والراء المهملات ونون وجيم . والمشهور بين المؤلفين أنه بالشين المعجمة بدل الصاد ورأيت فى شرح المناوى على الجامع الصغير أنه بالسين والشين ولم يذكره بالصاد وهذا هو التحقيق .

قوله : [على أن من غلب صاحبه] : الصواب لمن غلب صاحبه .

قوله : [وهو محرم إجماعاً] : أى لأنه الميسر الذى قال الله فيه : (إنَّما الخمْرُ والمَيْسِر والأنْصَاب والأزْلامُ رجسٌ من عمل الشَّيطان)[1] الآية .

---

(١) سورة المائدة آية ٩٠ .

محجوره حالا أو مآلا (فَلَهُ تَرْكُ شُفْعَةٍ) : أى أخذ شِقْصٍ لمحجوره بالشفعة إذا اقتضت المصلحة ذلك (و) ترك (قِصَاصٍ) وجب للمحجور على جان بالنظر والمصلحة (فَيَسْقُطَانِ) . وليس للمحجور إن عقل أو بلغ قيامٌ بذلك ، بخلاف ما لو وقع ذلك على غير وجه النظر فله القيام بحقه بعد زوال الحجر عنه .

(ولا يَعْفُو) الولى عن عمد أو خطأ (مَجَّانًا) بلا أخذ مال لما فيه من عدم المصلحة ، وله القيام إذا بلغ الصبى بحقه .

* (ولا يَبِيعُ) الولى من وصى أو حاكم (عَقَارَ يَتِيمٍ) : أى لا يجوز له بيعه لأن العقار يؤمن عليه من التلف فيقدم غيره عليه ومثل اليتيم السفيه فالتعبير بمحجور أعم من يتيم .

(إلاَّ لحَاجَةٍ بَيِّنَةٍ) : أى ظاهرة كنفقة يتوقف معاشهم عليها أو وفاء

قوله : [وترك قصاص وجب للمحجور] : أى حيث كان المحجور صغيراً ، وأما السفيه البالغ فينظر لنفسه فى القصاص كما تقدم له من أن من جملة ما يخالف فيه السفيه الصغير القصاص والعفو .

قوله : [بالنظر والمصلحة] : كرره إشارة إلى أنه راجع للمسألة الثانية أيضاً .

قوله : [فيسقطان] : جواب شرط مقدر أى وإذا حصل ترك ما ذكر من التشفع والقصاص بالنظر فيسقطان .

قوله : [ولايعفو الولى] إلخ : حاصله أنه لايجوز للولى أن يعفو عن الجناية العمد التى فيها مال أو الخطأ مجاناً فراد الشارح بقوله : « من عمد » أى فيه مال لما تقدم له من جواز ترك القصاص .

قوله : [وله القيام] : هذا دليل جواب إذا والضمير عائد على الصبى وهو وإن كان متأخراً لفظاًفهو متقدم رتبة .

قوله : [فالتعبير بمحجور أعم من يتيم] : تورّك على عبارة المصنف .

قوله : [إلا لحاجة بينة] : شروع فى الأسباب التى يباع عقار المحجور عليه لأجلها وعدها اثنى عشر . وقد نظمها البدر الدمامينى كما فى (بن) فقال :

إذا بيع ربع لليتيم فبيعه ... لأشياء يحصيها الذكى بفهمه

دين يتوقف على بيعه (أو غِبْطَةٍ) بأن يباع بأزيد من قيمته كثيراً كالثلث فأكثر (أو لخَوْفِ عليه مِنْ ظَالِمٍ ، أو لِكَوْنِهِ مُوَظَّفاً) : أى عليه توظيف ظلماً أو حكراً ، فيباع ليشترى له مالا توظيف عليه . (أو) لكونه (حِصَّةً) مع شريك فيباع ليشترى له كاملا للسلامة من ضرر الشركة (أو قَلَّتْ غَلَّتُهُ) : وأولى إذا لم يكن له غلة فيباع ليستبدل له ما فيه غلة كثيرة (أو) كان (بَيْنَ ذِمِّيينِ أو جيرانَ سُوءٍ أو) كان (فِى مَحَلِّ خَوْفٍ) فيباع ليشترى له غيره فى مكان غير ما ذكر (أو) كان شركة فيباع (لإرادَةِ شَرِيكِهِ بَيْعاً) لنصيبه (ولا مالَ له) : أى لليتيم يشترى به مناب الشريك ، فيباع حصة اليتيم مع الشريك إذا كان لا ينقسم وإلا قسم (أو لخَشْيَةِ انْتِقَالِ العِمَارَةِ) عنه فيصير منفرداً فتقل قيمته فيباع (أو) لخشية (الخَرَابِ عَلَيْهِ ، ولا مَالَ له) : أى للمحجور عليه يعمر به (أوْلَهُ مَالٌ والْبَيْعُ أولى) : من التعمير (فَيُسْتَبْدَلُ) أى فيباع فى جميع ماتقدم ويستبدل (له خلافه) : إلا أن يبيع لحاجة النفقة أو الدين أو بيع شريكه فلا يلزم استبدال .

● (وحُجِرَ عَلَى رَقيقٍ) : أى يحجر عليه سيده : أى له الحجر عليه شرعاً (مُطْلَقاً) ذكراً أو أنثى فى نفسه وماله قل أو كثر

قضاء وإنفاق ودعوى مشارك	إلى البيع فيما لا سبيـــل لقسمه
وتعويض كل أو عقـــار مخرب	وخوف نزول فيه أو خوف هدمه
وبذل الكثير الحل فى ثمن له	وخفة نفع فيه أو ثقـــل غرمـــه
وترك جوار الكفر أو خوف عطله	فحافظ على فعل الصواب وحكمه (اهـ)

قوله : [أو حكراً] : بالنصب معطوف على ظلماً فهو تنويع للتوظيف .

قوله : [ما لا توظيف عليه] : أى ما لا حكر عليه أصلا أو أقل حكراً .

قوله : [أو كان بين ذميين] : محل استبدال ما كان بين ذميين إن كان مسكناً له وأما عقاره الذى للتجر أو للكراء فكونه بين الذميين أروج له .

قوله : [ولا مال له] : أى أوله مال والبيع أولى كما قيل فيما يأتى .

قوله : [أى له الحجر عليه شرعاً] : أى حجراً أصلياً كالحجر على الصغير فتصرفاته مردودة وإن لم يقل السيد حجرت عليه .

بمعاوضة أو غيرها ولو كان حافظًا ضابطًا ، قنًّا أو غيره ؛ كمدبر إلا المكاتب فإنه أحرز نفسه وماله .

(إلاَّ بإذْنٍ) له (فى تجارة) فتصرفه ماض ولو ضمنًا فإنها إذْنٌ ككتابة، حكمًا فى التصرف . والمأذون من أذِنَ له سيده أن يتجر فى مال نفسه والربح له أو لسيده أو فى مال السيد والربح للعبد . وأما جعل الربح للسيد فهو وكيل حقيقة .

(ولو فى نَوْعٍ) خاص كالبز (فكوكيل مُفَوَّضٍ) : أى فى سائر الأنواع مما أذن له فيه وما لم يأذن له فيه وإن كان لا يجوز له أن يتعدى النوع الذى أذن له فيه . لكنه إن تعداه مضى ولا ينقض لأنه أقعده للناس ولا يَدْرُون فى أى الأنواع أقعده .

(وله) : أى للعبد المأذون (أنْ يَضَعَ) عن بعض الغرماء له بعض دين بالمعروف (ويؤَخِّرَ) من عليه دين إلى أجل لأن ذلك من شأن التجارة .

(و) له أن (يُضِيفَ) ضيفًا أو جماعة . وليس له كما فى المدونة أن يعير شيئًا

قوله : [بمعاوضة أو غيرها] : الظاهر أنه متعلق بمحذوف تقديره فله منعه من التصرف كان بمعاوضة أو غيرها .

قوله : [إلا بإذن له فى تجارة] : أى إلا أن يكون متلبساً فى الإذن له فى تجارة وإلا فلا حجر عليه .

قوله : [والمأذون] إلخ : أشار بهذا إلى أن صور المأذون أربعة ثلاثة يكون فيها كالوكيل والرابعة يكون وكيلا حقيقة .

قوله : [لكنه إن تعداه مضى] : أى وهل يجوز ابتداء أو يمنع ؟ خلاف والمعتمد الأول خلافاً لما مشى عليه الشارح .

قوله : [أى للعبد المأذون] : أى بالنسبة للثلاثة الأول .

قوله : [بالمعروف] : متعلق بيضع أشار به إلى أن محل جواز الوضيعة من الدين إذا كان ما يضعه قليلا وإلا منع والقلة بالعرف .

قوله : [إلى أجل] : أى ما لم يبعد وإلا منع والبعد معتبر بالعرف أيضاً كما ذكره اللخمى ولم يعدوا تأخير الدين للاستئلاف سلفاً جر منفعة لعدم تحقق النفع .

قوله : [وليس له كما فى المدونة أن يعير شيئاً] : قال ابن عرفة : وفيها لا يعير

(إن استَأْلَفَ بجميع ما ذكر) : أي فعله استئلافاً لتجارة (ويُعْتِقُ) عبداً (برَضَا سيِّدِه) والولاء للسيد لأنه المعتق حقيقة والمأذون وكيله فيه .

(و) له (أَخْذُ قِرَاضٍ) من غيره وربحه فيه كخراجه لا يقضى منه دينه ولا يتبعه إن عتق (ودَفْعُهُ) : أي القراض لعامل .

(و) له (تَصَرُّفٌ في كهِبَةٍ) وهبت له أو صدقة أو وصية أعطيت له بالمعاوضة كهبة الثواب (لا تَبَرُّعٍ) بها فليس له ذلك .

* (ولغيرِ مأذونٍ) في التجارة (قَبُولٌ) لهبة أو صدقة (بلا إذنٍ) من سيده ، فأولى المأذون ومن له القبول له الرد (ولا يَتَصَرَّفُ) فيها إن قبل لأنه غير مأذون فتصرفه غير نافذ .

* (والحَجْرُ عليه) : أي على المأذون في قيام الغرماء عليه وكذا لو أبطل سيده تصرفه ورده للحجر ولو لم يقم عليه غريم (كالحُرِّ) : في كون الحاكم يتولى أمره

شيئاً من ماله بغير إذن سيده ، الصقلي عن محمد : لا بأس أن يعير دابته للمكان القريب (اهـ) .

قوله : [إن استألف] : قال (بن) : وله أن يعق عن ولده ولو بغير استئلاف ولو قل المال إذا علم أن سيده لايكره ذلك كما في المدونة (اهـ) . قال (عب) : إن علم كراهة السيد لذلك منعت وكل من أكل منها شيئاً ضمنه للسيد .

قوله : [ويعتق عبداً برضا سيده] : حيث كان ذلك كذلك فهذا الحكم لايخص المأذون له بل غيره كذلك .

قوله : [لأنه المعتق حقيقة] : أي لأن الرقيق لايحرر غيره ما دام رقيقاً .

قوله : [ومن له القبول له الرد] : أي له الرد من غير توقف على إذن من سيده فإذا ردها فليس للسيد أن يجبره على قبولها وإذا قبلها فليس للسيد جبره على ردها فعدم جبر العبد على قبول الهبة هو المعتمد والقول بالجبر ضعيف .

قوله : [والحجر عليه] إلخ : قال فيها ومن أراد أن يحجر على من له عليه ولاية فلا يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس ويسمع به في محله ويشهد على ذلك ، فمن باع منه أو ابتاع بعد ذلك فهو مردود . وكذلك العبد المأذون له في التجارة . ولا ينبغي لسيده أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه للناس

ويبيع سلعه لا الغرماء ولا السيد ويقبل إقراره بالمجلس أو بقربه لمن لا يتهم عليه، ويمنع من التصرف المالى بعد التفليس وغير ذلك مما مر . وليس للسيد إسقاط دين عليه كما علم من قوله إلا بإذن فى تجارة إلخ . بخلاف غير المأذون فله إسقاط ما عليه عنه.

(وأَخِذَ) ما عليه من الدين (مما) : أى من المال الذى (بيدِهِ) مما له فيه التصرف (وإنْ) كان ما بيده (مُسْتَوْلَدَتَهُ) التى اشتراها من مال التجارة أو ربحه . وأما ولدها فهو للسيد فلا يباع فى دينه فلو اشتراها من كسبه الخارج

ويأمر به فيطاف به حتى يعلم ذلك (اهـ) وأفادوا أيضاً: أن الصبي مثل البالغ من حر أو رقيق فى أنه لايفلسه إلا الحاكم ولو مع وجود (أبيه اهـ ملخصاً من الحاشية) .

قوله : [لا الغرماء ولا السيد] : أى إن كان هناك غرماء فلا يبيع ماله إلا الحاكم . وأما إن لم يكن هناك غرماء فالأمر فيه للسيد بعد حكم الحاكم عليه بالحجر .

قوله : [كما علم من قوله] إلخ : لم يعلم صريحاً ، وإنما علم ضمناً من الإذن ، فالإذن يتضمن عدم الإسقاط وعدمه يتضمن جواز الإسقاط تأمل .

قوله : [بخلاف غير المأذون] : أى فإنه لايفلس ولا يعتبر إقراره بدين، لأن له إسقاطه عنه كما قال الشارح . فإذا أسقطه سيده فلا يتبع به ولو عتق .

قوله : [وأخذ ما عليه من الدين] : أى سواء فلس أم لا .

قوله : [وإن كان ما بيده مستولدته] : أى فتباع لأنها مال له ولا حرية فيها، وإلا كانت أشرف من سيدها . وكذا له بيعها لغير دين عليه لكن بإذن السيد مراعاة للقول بأنها قد تكون أم ولد إن عتق فإن باعها بغير إذن السيد مضى بيعها ومثل مستولدته فى البيع للدين من بيده من أقاربه ممن يعتق على الحر فإن لم يكن عليه دين محيط لم يبع أحد منهم إلا بإذن سيده كما فى المدونة .

قوله : [من مال التجارة] : مثله شراؤها عن هبة أو صدقة أو وصية .

قوله : [أو ربحه] : ربح مال التجارة .

عن مال التجارة فهي للسيد كولدها، فلا تباع في دينه (أو كان) ما بيده (هِبَةً ونحوَها) كصدقة ووصية فيوفى منها دينه .

(لا) تؤخذ (غلته) التي استفادها في نظير عمل أو خدمة (و) لا (أَرْشُ جرْحِهِ)، ولا (رَقَبَتُهُ) فيما عليه من الدين لأن ذلك للسيد .

● ولما فرغ مما يتعلق بالأسباب الخمسة العامة ؛ شرع فيما يتعلق بالسببين الخاصين ؛ وهما المرض مطلقاً والنكاح بالنسبة للزوجة .

● (و) حجر (عَلَى مَرِيضٍ) ذكراً أو أنثى سفيهاً أو رشيداً إذا مرض (مَرَضاً يَنْشَأُ الموتُ عنه عَادَةً وإنْ لم يَغْلِب) الموت عنه والحجر للوارث ومثّل للمرض الذي ينشأ عنه عادة بقوله (كَسُلٍّ) بكسر الكاف : مرض ينحل البدن فكأن الروح تنسل معه شيئاً فشيئاً (وقُولَنْجٍ) بضم القاف وسكون الواو : مرض معوى يعسر معه خروج الغائط والريح ؛ ومِعَوى بكسر الميم وفتح

قوله : [فلا يباع في دينه] : أي لأنه ليس مالا بل للسيد للاتفاق على عتقه عليه إن عتق ولو كان مالا له لتبعه إن عتق واستمر على الرقيق ، فلو باعه بغير إذن السيد رد بيعه . وإذا علمت أن ما في بطنها لسيده فلا تباع في دينه إلا بعد وضعها حينئذ بولدها ويقوّم كل واحد بانفراده قبل البيع ليعلم كل واحد ما بيع به ملكه (اهـ . بن ملخصاً) .

قوله : [الخمسة العامة] : أي وهي الفلس والصبا والجنون والسفه والرق .

قوله : [المرض مطلقاً] : أي في الذكر والأنثى سفيهاً أو رشيداً كما يفيده الشارح بعد .

قوله : [وإن لم يغلب الموت عنه] : أي بل المدار على أن يكون الموت منه شهيراً لا عجب فيه .

قوله : [بكسر الكاف] صوابه بكسر السين كما في الأصل .

قوله : [ينحل البدن] : أي وهو المسمى في عرف مصر بمرض القصبة .

قوله : [مرض معوى] إلخ : كذا في القاموس والذي ذكره داود الحكيم أنه ريح غليظ يحتبس في المعى .

العين المهملة : نسبة للمعى بكسر الميم (وحُمَّى قَوِيَّة)حارة تجاوز العادة فى الحرارة مع المداومة . (وحامِلٍ ستٌّ): أى حمل بلغ ستة أشهر ودخل فى السابع ولو بيوم .

(ومَحْبوسٍ لقَتْلٍ) بأن ثبت عليه ببينة أو إقرار ، لا لمجرد الدعوى قبل الثبوت فلايحجر عليه (أو) محبوس (لقَطْعٍ) من يد أو رجل ثبت عليه الموجب (خِيفَ الموتُ منه) : أى من ذلك القطع (وحَاضِرُ صَفِّ القِتالِ) وإن لم يصب بجرح .

(لا) حجر بمرض خفيف (نَحْوَ رَمَدٍ) وصـــداع وحمى خفيفة ومرض بيد أو رجل (وجَرَبٍ) من كل ما لا ينشأ عنه الموت عادة (ومُلَجِّجٍ ببَحْرٍ) مالح أو حلو (ولوْ حَصَلَ) له فيه (الهَوْلُ) بشدة ريح أو غيرها

قوله : [نسبة للمعى بكسر الميم] : أى واحدة الأمعاء التى هى المصارين ونسب لها لحلوله فيها .

قوله : [وحمى قوية حارة] : وهى الحمى المطبقة بكسر الباء ويسميها أهل مصر بالنوشة .

قوله : [ولو بيوم] : أى فلو تبرعت بعد الستة وقبل تمام اليوم الذى هو من السابع كان تبرعها ماضياً ويكفى فى العلم بدخولها فى السبع وعدمه إخبارها بذلك ولا يسأل النساء .

قوله : [خيف الموت منه] : فيه أنه متى خيف بالقطع موته ترك القطع لوقت لايخاف عليه فيه الموت وأجيب بأنه يفرض فى المقطوع للحرابة فإنه لا يجوز أن يقطع ولو خيف موته لأن القتل أحد حدوده .

قوله : [وحاضر صف القتال]: احترز بصف القتال عمن حضر صف النظارة بكسر النون وتخفيف الظاء وصف الرد فإنه لايحجر عليه . وصف النظارة : هم الذين ينظرون المغلوب من المسلمين المجاهدين لينصروه ، وصف الرد : هم الذين يردون من فر من المسلمين أو يردون أسلحته إليه .

قوله : [وملجج] : بكسر الجيم الأولى مشدد اسم فاعل .

قوله : [ولو حصل له فيه الهول] : كان فى مركب أولا بأن كان عليما بحسن العوم . وأما من لايحسنه فإنه يحجر عليه إذا كان بغير سفينة .

ولا يكون كحاضر صفّ القتال (فى تبرّع) متعلق بحجر ، المقدر قبل على مريض أى : يحجر على المريض فى تبرع كهبة وصدقة وحبس ووصية (زادَ) التبرع (على ثُلُثِه): أى ثلث ماله لافى الثلث فدون ومثل له بقوله (كنكاح) أى كأن يتزوج المريض بما زاد على الثلث وتقدم أنه يفسخ قبل البناء ولاشىء لها ، وبعده لها الأقل من المسمى وصداق المثل أو الثلث إن مات .

(وخُلْع): كأن تخالع المريضة زوجها بأكثر من ثلثها، فإن صحت مضى ، وإن ماتت من مرضها فالوارث رد ما زاد على الثلث .

* (لا تَدَاوِيه) من مرضه فلا حجر عليه فيه ولو زاد. وأولى مؤنته ومؤنة من تلزمه نفقته .

* (و) لا حجر عليه فى (مُعَاوَضة مَالِيَةٍ) : كبيع وشراء وقرض وقراض ومساقاة وإجارة (وَوُقِفَ تَبَرُّعُهُ) من هبة وصدقة وحبس ولو بدون الثلث حتى يظهر حاله من موت أو حياة (إلا بِمَالٍ مَأْمُونٍ) ، وهو — أى المأمون — (العَقَارُ): أى الأرض وما اتصل بها من شجر وبناء ، فلا يوقف بل

قوله : [وتقدم أنه يفسخ] إلخ : كلامه يوهم أن نكاح المريض لا يفسخ إلا إن زاد المهر على الثلث وليس كذلك، بل نكاح المريض أو المريضة مرضاً مخوفاً يفسخ مطلقاً ولو كان النكاح تفويضاً لأن فيه إدخال وارث كما تقدم . وإنما مثل به المصنف هنا من حيث رد الزائد عن الثلث فى المهر عند الدخول كما أفاده الشارح بقوله : « وبعده لها الأقل » إلخ .

قوله : [ووقف تبرعه] إلخ : حاصله أن المريض مرضاً مخوفاً إذا تبرع فى مرضه بشىء من ماله بأن أعتق أو تصدق أو وقف ، فإن ذلك يوقف لموته ، كثيراً كان أو قليلا ، وبعد موته يقوم ويخرج كله من ثلثه إن وسعه وإلا خرج ما وسعه الثلث فقط . وقدم الأهم فالأهم كما يأتى فى الوصايا فإن صح ولم يمت مضى جميع تبرعاته ، هذا إذا كان ماله الباقى بعد التبرع غير مأمون كالحيوان والعروض . وأما لو كان الباقى مأموناً وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر فإن ما فعله من عتق أو صدقة لا يوقف وينفذ ما حمله الثلث عاجلا ووقف منه ما زاد فإن صح نفذ الجميع وإن مات لم يمض غير ما نفذ .

ينجز الآن للمتبرع له كما يأتي .

وفرّع على قوله : « ووقف تبرعه » إلى آخر قوله :

(فَإِنْ مَاتَ) المريض الذى وقف تبرعه غير المأمون (فَمِنَ الثُّلُثِ) مما وجد يوم التنفيذ قل أو كثر ،

(وإلا) يمت بأن صحّ (مَضَى الجَمِيعُ) : أى جميع ما تبرع به، وليس له رجوع فيما زاد على الثلث (ونَجَزَ فى المَأمُونِ) للمتبرع له (الثُّلُثُ) منه ، ووقف ما زاد عليه .

(فإنْ) مات المريض فليس للمتبرع له سوى ما أخذه وإن (صَحَّ) من مرضه (فالبَاقِى) : أى فيأخذ الباقى الذى وقف له .

● وأشار للثانى من الأخيرين — وهو المتمم للسبعة — بقوله :

● (و) حجر على (زَوْجَةٍ) حرة رشيدة (لِزَوْجِهَا) فقط (ولو عَبْداً) وأما الأمة أو السفيهة ، فالحجر عليهما مطلق لدخولهما فى الخمسة الأول (فِى) تبرع (زَائِدٍ عَلَى ثُلُثِهَا) ولو بعتق حلفت به وحنثت فله رده ولايعتق منه شىء (ولو) : كان تبرعها الزائد حاصلا (بِكَفَالَةٍ) : أى ضمان لغير زوجها، فله رده لاإن ضمنته فليس له رده (وهو) : أى تبرعها بالزائد (مَاضٍ حَتَّى

قوله : [من الأخيرين] : أى وهما السببان الخاصان .

قوله : [لزوجها فقط] : أى لا لأبيها ولا لوصيها لأن الغرض أنها رشيدة .

قوله : [فالحجر عليهما مطلق] : أى للسيد والولى .

قوله : [فى تبرع] : احترز به عن الواجبات كنفقة أبويها فلا يحجر عليها فيها وكما لو تبرعت بالثلث فأقل ولو قصدت بذلك ضرر الزوج عند ابن القاسم ، خلافاً لما روى عن مالك من رد الثالث إذا قصدت ضرر الزوج واختاره ابن حبيب. ومحل الحجر عليها فى تبرعها بزائد الثلث إن كان التبرع لغير زوجها . وأما له فلها أن تهب له جميع مالها وليس لأحد منعها من ذلك كما فى شب— نقله محشى الأصل .

قوله : [ولايعتق منه شىء] : أى ولا يلزمها فى نظير الحنث شىء وكأنها حلفت على ملك الغير .

قوله : [لا إن ضمنته فليس له رده] : أى لأنه لا يحجر على نفسه لنفسه

يَرُدَّ) : أى حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه ، وقيل مردود حتى يجيزه . وعلى المشهور (فيَمْضِي إنْ لَمْ يَعْلَم) الزوج (به حتى بَانَت) منه أو مات أحدهما .

• (كَعَبْدٍ) تبرع بعتقٍ أو غيره ولم يعلم سيده حتى (عَتَقَ) العبد فيمضى تبرعه إذا لم يستثن سيده ماله حين العتق .

• (ومَدِينٍ) تبرع بشىء أو باع شيئاً ولم يعلم غريمه الذى أحاط دينه بذلك ثم (وَفَّى) دينه الذى لغريمه، فتبرعه ماض وليس للغريم ولا لغيره بعد وفاء

وهذا فى غير ضمان الوجه والطلب . وأما هما فله منعها مطلقاً كان الضمان له أو لأجنبى لأنه يؤدى إلى الخروج والزوج يتضرر بذلك وقد تحبس .

قوله : [أى حتى يرد الزوج جميعه] : إن قلت: قد مر أن الزوج ليس له رد الثلث فمقتضاه أنه لا يرد لا الزائد ؟ وأجيب بأنها لما تبرعت بالزائد حملت على أن قصدها إضرار الزوج فعوملت بنقيض قصدها . وظاهر قوله : «حتى يرد الزوج جميعه» أن له ذلك ولو بعد مدة طويلة ، وهو كذلك كما قرره شيخ مشايخنا العدوى . ومحل الرد بعد المدة الطويلة ما يقع منه إمضاء . واعلم أن رد الزوج رد إيقاف على المعتمد وهو مذهب المدونة ورد إبطال عند أشهب . وأما رد الغرماء فرد إيقاف ورد باتفاق الولى لأفعال محجوره سيداً أو غيره ردا إبطال اتفاقاً قال ابن غازى :

أبطل صنيع العبد والسفينه برد مولاه ومن يليه
وأوقفن فعل الغريم واختلف فى الزوج والقاضى كبدل عرف

أى القاضى حكم من ناب عنه ، فإن رد على المدين فإيقاف كرد الغرماء وعلى المحجور فإبطال كالولى والسيد فافهم .

قوله : [فيمضى إن لم يعلم الزوج] إلخ : قصد بهذه العبارة بيان حكم تبرع الزوجة بزائد الثلث وتبرع العبد مطلقاً وتبرع المدين ولم يحصل فى الجميع رد ولا إجازة ، فهذا غير ما أفاده ابن غازى فى النظم ، لأن ذاك فيما إذا حصل رد بالفعل وأما ما هنا ففيما إذا لم يحصل رد ولا عدمه كما علمت .

قوله : [كعبد تبرع] إلخ : تشبيه فى المعنى لا بقيد كونه ثلثا أو غيره .

الدين كلام .

• (وله) : أى للزوج (رَدُّ الجميعِ) : أى جميع ما تبرعت به (إن تَبَرَّعَتْ) زوجته (بزائدٍ) على الثلث، لا إن تبرعت بالثلث فدون : أى وله رد ما زاد فقط أو بعضه وله إمضاء الجميع وهذا فى غير عتق عبد يزيد على الثلث فليس له إلا رد الجميع أو إمضاؤه دون بعضه، إذ لو جاز له رد البعض لقوّم عليها الباقى ويعتق عليها ؛ فرده البعض يؤدى إلى عدمه ، وأما الوارث فليس له إلا رد ما زاد أو بعضه لا الجميع ولا رد شىء من الثلث .

(و) إذا تبرعت بالثلث ولزم (لَيْسَ لَهَا تَبَرُّعٌ بَعْدَ) ذلك (الثُّلُثِ ، إلا أن يَبْعُدَ) الزمن بعد التبرع به (كَنِصْفِ سَنَةٍ) فأكثر ، فلها التبرع من الثلثين الباقيين ؛ كأنّ البعد صيّره ما لا برأسه لم يتقدم فيه تبرع .

(وإلا) يبعد فليس لها وحينئذ (فَلَهُ الرَّدُّ) إن تبرعت ، والله أعلم .

قوله : [يؤدى إلى عدمه] : أى وما أدى ثبوته إلى رفعه انتفى لأن فيه الدور الحكمى وهو باطل .

قوله : [وأما الوارث فليس له إلا رد ما زاد] إلخ : الفرق بين المرأة والمريض أن المرأة قادرة على إنشاء ما أبطله الزوج بعد مدة بخلاف المريض .

• خاتمة : علامات البلوغ خمس: ثلاث مشتركة واثنتان مختصتان بالأنثى. فالمشتركة: نبات العانة، أو بلوغ السن ثمانى عشرة سنة ، وإن فى حق الله تعالى كالصوم على الأرجح. وصدق فى إثباته وعدمه إن لم يرتب فى شأنه ، والحلُم أى الإنزال مطلقاً فى نوم أو يقظة والمختصان بالأنثى : الحيض والحمل .

باب
فى أحكام الصلح وأقسامه

● قال ابن عرفة : الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه (اه) وهو على ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة ، وهبة . لأن المصالح به إن كان ذاتًا فبيع ، وإن كان منفعة فإجارة ، وإن كان ببعض المدعى به فهبة . وهذه الأقسام الثلاثة تجرى فى الصلح عن إقرار وعلى الإقرار وعلى السكوت .

● وإلى ذلك أشار بقوله :

* (الصُّلْحُ جَائِزٌ عن إقْرَارٍ ، وإنْكَارٍ ، وسُكُوت ؛ إن لَم يُؤَدِّ

باب :

لما أنهى الكلام على ما أراد من أسباب الحجر شرع فى الكلام على شيء من مسائل الصلح ، لأنه قطع المنازعة ؛ فهونوع من أنواع البيع . وهو من حيث ذاته مندوب .

قوله : [وأقسامه] : أى الثلاثة الآتية .

قوله : [قال ابن عرفة الصلح] إلخ : تعقبه (ر) بقوله : لانسلم أن الصلح هو الانتقال بل هو المعاوضة والانتقال معلول له كالانتقال فى البيع فإنه معلول له ومفرع عليه . ويدخل فى قوله : « انتقال عن حق الصلح عن الإقرار » وقوله: « أو دعوى » يدخل فيه صلح الإنكار وقوله : « بعوض » متعلق بانتقال يخرج به الانتقال بغير عوض ، فلا يقال له صلح وقوله : « لرفع نزاع أو خوف وقوعه » راجع لكل من الطرفين اللذين هما قوله انتقال عن حق أو دعوى المشار لهما بصلح الإقرار والإنكار فإن قلت : السكوت إذا وقع الصلح فيه خارج من التعريف . قلت : قالوا حكمه حكم الإقرار — تأمل .

قوله : [وهو] : أى الصلح من حيث هو .

قوله : [عن إقرار] : المناسب على إقرار .

إلى حَرَام) : فإن أدى إليه حرم روى الترمذى وحسنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حالا أو أحل حرامًا »[١] .

(وَهُوَ) : أى الصلح — (عَلَى غَيْرِ المُدَّعَى بِهِ — بَيْعٌ) للمدعى به (إن لَمْ يَكُنْ) الصلح بمعنى المصالح به (مَنْفَعَةً) : فيشترط فيه شروط البيع وانتفاء موانعه؛ من كونه طاهراً معلومًا منتفعًا به مقدوراً على تسليمه ليس طعام معاوضة إلى غير ذلك مما تقدم ؛ كما لو ادعى عليه بعرض أو حيوان أو بدنانير أو دراهم فأقر المدعى عليه أو أنكر أو سكت ثم صالح بشىء مخالف للمدعى به نقداً ، فيشترط فى المأخوذ ماتقدم ،

وقوله : [وعلى الإقرار] : الصواب : وعلى الإنكار . أما جريانها فى الإقرار فظاهر ، وأما فى الإنكار فبالنظر للمدعى به والمصالح، به وأما فى السكوت فلأنه راجع لأحدهما أى الإقرار والإنكار ؛ لأن المدعى عليه فى الواقع إما مقر أو منكر ، وإن كان يعامل على المعتمد معاملة المقر .

قوله : [حرم حلالا أو أحل حراماً] : مثال الأول : كما لو شرط عليه فى عقد الصلح أن يعطيه جارية مثلا ولا يطأها أو لا يبيعها ، ومثال الثانى : مالو طالبه بدين له شرعاً فاصطلح معه على صرف مؤخر أو على ما فيه فسخ دين فى دين أو على بيع طعام قبل قبضه . فالمراد بتحليل الحرام انتهاك حرمته وإجراؤه مجرى الحلال، هذا هو الذى يظهر .

قوله : [بيع] : أى لذات المدعى به إن كان المعوض عنه ذاتاً سواء كان المدعى به معيناً أم لا .

قوله : [فيشترط فى المأخوذ ما تقدم] : أى الذى هو شروط البيع .

---

(١) عن عمرو بن عوف : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراماً » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وزاد : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . وقد أخرجه أيضاً الحاكم وابن حبان وتكلموا فى سنده ، وقد نوقش الترمذى فى تصحيحه وقبل منه ذلك لكثرة طرقه فقد رواه أبو داود والحاكم من طريق أبى هريرة وغيره وأنس وعائشة وكذا أخرجه الدارقطنى وأحمد من حديث سليمان بن بلال وابن أبى شيبة عن عطاء مرسلا والبيهقى موقوفاً على عمر .

وألا يلزم فسخ الدين فى الدين ، أو الصرف المؤخر ، ولا بيع الطعام قبل قبضه ، وأن يسلم من الشرط المناقض ؛ كشرط ألا يلبسه أو لا يركبه أو لا يسكن فيه ونحو ذلك .

* (وإلا) — بأن كان المصالح به منفعة — (فإجَارَةٌ) للمصالح به ، وهو القسم الثانى فيشترط فيها شروطها ، فإن كان المدعى به معيناً — كهذا العبد — جاز الصلح عنه فى الأحوال الثلاثة بمنافع معينة أو مضمونة لعدم فسخ الدين فى الدين ، وإن كان غير معين بل مضموناً فى الذمة — كدينار أو ثوب موصوف — لم يجز الصلح عنه بمنافع معينة ولا مضمونة لما فيه من فسخ الدين فى الدين .

* (و) الصلح (عَلَى بَعْضِه) : أى بعض المدعى به (هِبَةٌ) للبعض المتروك (وإبْرَاءٌ) من المدعى من ذلك البعض ؛ وهـذا هو القسم الثالث

قوله : [وألا يلزم فسخ الدين فى الدين] : أى كما لو صالحه على الذات التى يدعيها بسكنى دار أو خدمة عبد مثلا .

قوله : [أو الصرف المؤخر] : أى كما لو صالحه عما يدعيه عليه من الدنانير التى فى ذمته بفضة مؤجلة .

قوله : [ولا بيع الطعام قبل قبضه] : أى كما لو دفع له فى نظير طعام من سلم شيئاً يخالف الطعام ، وهذا عين قوله : وليس طعام معاوضة ، فلا حاجة لذكره .

قوله : [فيشترط فيها] : أى فى المنفعة .

قوله : [بمنافع معينة] : أى بمنافع ذات معينة .

قوله : [ولا مضمونة] : أى الذات المستوفى منها مضمونة .

قوله : [لما فيه من فسخ الدين فى الدين] : أى لأن الذمة وإن لم تقبل المعين — فإنها تقبل منافعه ، وقبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر كما هو قول ابن القاسم .

قوله : [وإبراء من المدعى] : أشار بذلك إلى أنه ليس المراد بالهبة حقيقتها حتى يحتاج فيها للقبول من المدعى عليه قبل موت الواهب الذى هو المدعى بل المراد بها الإبراء وحينئذ ، فلا يشترط قبول ولا تجدد حيازة على المعتمد . فإذا أبرأت زيداً مما عليه صح وإن لم يقبل ، خلافاً لما فى الخرشى من أن الإبراء يحتاج لقبول

فى الأحوال الثلاثة .

* إذا علمتَ ذلك :

* (فيَجَوزُ) الصلح (عَنْ دَيْنٍ بما) : أى بشىء (يُبَاعُ بهِ) ذلك الدين : أى بما يصح بيعه به ؛ كدعواه عرضاً أو حيواناً أو طعاماً من قرض فصالحه بدنانير أو دراهم أو هما ، أو بعرض أو طعام مخالف للمصالح عنه نقداً لا مؤجلا ولا بمنافع ، كسكنى دار أو ركوب دابة لفسخ الدين فى الدين فقوله : « عن دين » : أى مطلقاً ؛ عيناً كان الدين أو غيره والمصالح به كذلك ، إلا أنه لا بد أن يكون مخالفاً للمصالح عنه حتى يسمى صلحاً .

(و) جاز الصلح (عَنْ ذَهَبٍ بِوَرِقٍ وعَكْسُهُ إنْ حَلاَّ) : أى المصالح عنه وبه (وعُجِّلَ) المصالح به ، وإلا لزم الصرف المؤخر .

وإن لم يحتج لحيازة والهبة تحتاج لهما معاً (اهـ من تقرير شيخ مشايخنا العدوى) .

قوله : [فى الأحوال الثلاثة] : أى يجرى فى الأحوال الثلاثة التى هى الإقرار والإنكار والسكوت كالقسمين قبله .

قوله : [أى بما يصح بيعه به] : مراده بالبيع : المعاوضة ، وإنما تصح المعاوضة عن الدين إذا انتفت أوجه الفساد من فسخ الدين فى الدين والنساء وبيع الطعام قبل قبضه والصرف المؤخر وضَعْ وتعجل وعرف المدعى قدر ما يصالح عنه ، فإن كان مجهولا لم يجز . وهذا شرط فى كل صلح كان بيعاً أو إجارة ، ولذا اشترط فى المدونة فى صلح الزوجة عن إرثها معرفتها لجميع التركة لكن إذا أمكن معرفة ذلك فإن تعذر جاز على معنى التحلل إذ هو غاية المقدور كما نقله (ح) عن أبى الحسن — كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [لفسخ الدين فى الدين] : راجع لقوله : « لا مؤجلا » إلخ .

قوله : [إن حلا] إلخ : مفهوم كلام المصنف عدم اشتراط الحلول والتعجيل فى صلحه عن ذهب بمثله وعن ورق بمثله كصلحه عن مائة بخمسين ، وإنما يشترط كون الصلح عن إقرار أو سكوت وإلا كان فيه سلف جر منفعة من حيث إن من أجل ما عجل عد مسلفاً وانتفع المدعى بإسقاط اليمين عنه على تقدير لو ردت عليه من المدعى عليه .

قوله : [وعجل المصالح به] : لم يشترط تعجيل المصالح عنه لأنه تحصيل الحاصل .

(و) جاز الصلح (عَنْ عَرْضٍ) معين ادعاه على صاحبه فأقر أو أنكر (أو) عن (طَعَامٍ غَيْرِ المُعَاوَضَةِ) كذلك: أى معين أو عن مثلى ولو مؤجلا ؛ وكأنه أطلق العرض على ما يشمل المثليات غير الطعام ، كالقطن والحديد ونحوهما مما يوزن أو يكال (بِعَيْنٍ) ذهب أو فضة أو هما .

(أو عَرْضٍ) مخالفٌ لما صولح عنه كأن يصالح عن عبد بثوب أو بحمار وعكسه ولو مؤجلا (أو طَعَامٍ مُخَالِفٍ) للطعام الذى صولح عنه ؛ كأن يصالح عن إردب قمح بفول ، وأما المماثل فهو ذو وفاء للدين (نَقْداً): أى حالا ، وإنما حمل هذا على المعين - كأن يدعى عليه بهذا العبد أو الثوب أو هذا الطعام بعينه - لئلا يتكرر مع قوله : « فيجوز عن دين بما يباع به » . وقوله : « نقداً » ، خاص بقوله : « أو طعام مخالف » لئلا يلزم النسيئة فى الطعام . وأما غير الطعام بطعام فيجوز نقداً أو مؤجلا إذ لا محذور فى ذلك ، واحترز بقوله : « غير المعاوضة » من طعام المعاوضة ؛ فلا يجوز الصلح عنه بحال لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه .

وشبّه فى الجواز مسألة : « وعلى بعضه هبة وإبراء » بقوله :

(كَمِائَةِ دِينَارٍ) : أى كما يجوز الصلح بمائة دينار (ودِرْهَمٍ) مثلا

قوله : [فأقر أو أنكر] : أى أو سكت .

قوله : [أو عن مثلى] : معطوف على قوله : « أو عن طعام غير المعاوضة » ولابد من قيد التعيين فيه .

قوله : [على ما يشمل المثليات] : أى من كل ما يجوز بيعه قبل قبضه .

قوله : [بعين] : متعلق بقوله: عن عرض أو طعام غير المعاوضة أو عن مثلى فيجوز الصلح عن الجميع بعين حالا أو مؤجلا لأن غاية مافيه بيع معين بثمن لأجل .

قوله : [أو عرض]: معطوف على عين : أى : فحكم العرض المخالف حكم العين .

قوله : [ولو مؤجلا] : قد علمت أنه راجع للعرض والعين معاً .

قوله : [أو طعام مخالف] : معطوف على عرض أى : فيجوز الصلح بطعام مخالف لكن بشرط النقدية كما أفاده المصنف .

قوله : [وأما غير الطعام بطعام] : أى وأما الصلح على غير الطعام كثوب وحيوان بطعام إلخ .

قوله : [مسألة وعلى بعضه] إلخ : أى مثال مسألة إلخ .

(عن مِائَتَيْهِمَا) : أى عن مائة دينار ومائة درهم ، لأن المدعى ترك من حقه تسعة وتسعين درهماً ، وسواء عجل المصالح به أو أجل إن كان عن إقرار . فإن كان عن إنكار جاز إن عجل لا إن أجل إذ لا يجوز على ظاهر الحكم كما يأتى .

(و) جاز الصلح بشيء (عَلَى الافْتِدَاءِ مِنْ يَمِينٍ) توجهت على المدعى عليه المنكر ، ولو علم براءة نفسه .

* (لا) يجوز الصلح (بِثَمانِيَةٍ نقداً عن عَشَرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ) لما فيه من : ضع وتعجل (و) لا (عكسه) لما فيه من : حط الضمان وأزيدك (ولا بِدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ مؤَجلَةٍ و) لا (عَكْسِهِ) .

قوله : [على ظاهر الحكم] : أى لأن الصلح على ذلك الوجه يؤدى لسلف من المدعى جر له نفعاً ووجه ذلك أن المائة دينار والدرهم المأخوذين صلحاً مؤجلا وتأجيلهما عين السلف منه ؛ لأن المدعى به حالّ وقد انتفع هو بسقوط اليمين عنه بتقدير رد اليمين عليه إن نكل المدعى عليه .

قوله : [ولو علم براءة نفسه] : رد بذلك على ابن هشام فى قوله إن علم براءة نفسه وجبت اليمين. ولا يجوز له أن يصالح لأربعة أمور : منها أن فيه إذلا ل نفسه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أذل نفسه أذله الله » ومنها أن فيه إضاعة المال ، ومنها أن فيه إغراء للغير ، ومنها أن فيه إطعام ما لا يحل ورد بأن ترك اليمين وترك الخصام عز لا إذلال وحينئذ فبذل المال فيه ليس إضاعة له لأنه لمصلحة وأما الطعام غير الحرام فلا سبيل على المظلوم فيه (إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ)(١) الآية (اهـ قاله — بن) وجوازه فيما قبل المبالغة إنما هو باعتبار ظاهر الحال لما يأتى فى قوله ولا يحل للظالم .

قوله : [لما فيه من ضع وتعجل] : هذا المثال شامل لكون الدين الذى فى الذمة من عين أو غيره ؛ لأن ضَعْ وتعجل يدخل الجميع . وأما قوله : « ولا عكسه » يظهر فيما إذا كان الدين غير عين وغير طعام وعروض من قرض ؛ لأن الأجل فيها من حق من هى عليه ، فإن طلب دفعها فى أى وقت له ذلك ، وليس فيه حط ضمان عنه إنما يظهر فى الطعام والعروض من قرض والعين مطلقاً علة سلف جر نفعاً فتأمل .

---

(١) سورة الشورى آية ٤٢ .

وذكر علة المنع فى المسائل الأربع على سبيل اللف والنشر المرتب بقوله :

(لِضَعْ وَتَعَجَّلْ) فى الأولى (وحُطَّ الضَّمَانَ وأَزِيدُكَ) فى عكسها .
ويجوز ارفع وأزيدك بتقدير المبتدأ أى وأنا ، ونصبه بأن مضمرة بعد واو المعية
(والصرفِ المُؤَخَّرِ) فى الأخيرتين .

(ولا) يجوز الصلح (عَلَى تَأْخِيرِ مَا أَنْكَرَ) المدعى عليه ؛ كأن يدعى عليه بعشرة حالة ، فأنكرها المدعى عليه ثم صالحه على أن يؤخره بها أو ببعضها إلى شهر مثلا ؛ فإنه لا يجوز على ظاهر الحكم لما فيه من سلف بمنفعة ؛ فالسلف التأخير والمنفعة سقوط اليمين المنقلبة على المدعى من المدعى عليه المنكر على تقدير ردها أو سقوط الحق من أصله إن حلف . وهذا هو قول الإمام وإليه أشار بقوله :

(عَلَى الأَرْجَحِ) ويقابله قول ابن القاسم وأصبغ بالجواز .

قوله : [وذكر علة المنع] إلخ : حيث كان المتن ذاكراً لها على طريق اللف والنشر المرتب فلا حاجة لذكر الشارح بعضها لأنه غير ضرورى .

قوله : [ويجوز ارفع وأزيدك] إلخ : أى على حد انزلن عندنا ونكرمك؛ لأن الفعل المضارع إذا وقع بعد واو المعية الواقعة بعد واحد من الأمور التى جمعها بعضهم بقوله :

مروانه وادع وسل واعرض لحضهم ... تمنّ وارج كذاك النفى قد كملا

فإنه يجوز رفعه بتقدير المبتدأ ونصبه بأن مضمرة بعد واو المعية .

قوله : [فى الأخيرتين] : أى وهما الدراهم عن الدنانير المؤجلة والعكس .

قوله : [فإنه لا يجوز على ظاهر الحكم] : أى وأما فى باطن الأمر فإن كان الصادق المنكر فالمأخوذ منه حرام وإلا فحلال .

قوله : [ويقابله قول ابن القاسم] : حاصله : أنه يشترط فى الصلح على السكوت والإنكار– ويدخل فيه الافتداء من اليمين ثلاثة شروط عند الإمام– وهو المذهب : أن يجوز على دعوى كل من المدعى والمدعى عليه ، وعلى ظاهر حكم الشرع بأن لايكون هناك تهمة فساد . واعتبر ابن القاسم الشرطين الأولين فقط وأصبغ أمراً واحدا وهو ألا تتفق دعواهما على فساد. مثال المستوفى للثلاثة: أن يدعى

* (ولا) يجوز الصلح (بِمَجْهُولٍ) جنساً أو قدراً أو صفة ، لأنه بيع : وإجارة أو إبراء فلا بد من تعين ما صالح به .

وهذا داخل فيما تضمنه قوله : « بيع » إلخ وقد علمتَ مما ذكرنا أن موانع

عليه بعشرة حالّة فأنكر أو سكت ثم يصالح عنها بثمانية معجلة أو بعرض حال ، ومثال ما يجوز على دعواهما ويمتنع على ظاهر الحكم : أن يدعى عليه بمائة درهم حالّة فيصالحه على أن يؤخره بها إلى أشهر أو على خمسين مؤخرة شهراً ، فالصلح صحيح على دعوى كل لأن المدعى أخر صاحبه أو أسقط عنه البعض وأخره لشهر والمدعى عليه افتدى من اليمين بما التزم أداءه عند الأجل ، ولا يجوز على ظاهر الحكم لأنه سلف بمنفعة ، فالسلف التأخير والمنفعة سقوط اليمين المنقلبة على المدعى عند الإنكار بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه فيسقط جميع الحق المدعى به، فهذا ممنوع عند الإمام جائز عند ابن القاسم وأصبغ . ومثال ما يمتنع على دعواهما : أن يدعى عليه بدراهم وطعام من بيع ، فيعترف بالطعام وينكر الدراهم ويصالحه. على طعام مؤجل أكثر من طعامه أو يعترف بالدراهم ويصالحه بدنانير مؤجلة أو بدراهم أكثر من دراهمه ، حكى ابن رشد الاتفاق على فساده ويفسخ لما فيه من السلف بزيادة والصرف المؤخر . ومثال ما يمتنع على دعوى المدعى وحده: أن يدعى عليه بعشرة دنانير فينكرها ثم يصالحه على مائة درهم إلى أجل ، فهذا ممتنع على دعوى المدعى وحده للصرف المؤخر ، ويجوز على إنكار المدعى عليه لأنه إنما صالحه على الافتداء من اليمين الواجبة عليه ، وهو ممتنع عند مالك وابن القاسم وأجازه أصبغ إذ لم تتفق دعواهما على فساد . ومثال ما يمنع على دعوى المدعى عليه وحده : أن يدعى بعشرة أرادب قمحاً من قرض ، وقال الآخر : إنما لك عليّ خمسة من سلم وأراد أن يصالحه على دراهم ونحوها معجلة ، فهذا جائز على دعوى المدعى ، لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ويمتنع على دعوى المدعى عليه لعدم جواز بيع طعام السلم قبل قبضه ، فهذا ممتنع عند مالك وابن القاسم (اهـ من الأصل بحروفه). ولكن الحق أن الشروط الثلاثة إنما هي معتبرة فى الصلح على الإنكار فقط وأما على السكوت فالشرط فيه جوازه على دعوى المدعى كما رجحه فى الـ « مج » وفى حاشية الأصل.

قوله : [وهذا داخل فيما تضمنه قوله بيع] : أى فى قوله : وهو على غير

الصلح سبعة ، جمعتُها فى قولى :

موانع الصلح جهلٌ حطٌ ضَعْ ونَسَا تأخيرُ صَرْف وتسليفٌ بمنفعه
بَيْعُ الطعام بلاقبض ، فَجُملتُها سَبْعٌ عليكَ بها تحظى بمعرفه

● (ولا يَحِلُّ) الصلح (للظَّالِمِ) فى الواقع . وقولنا : « الصلح جائز » إنما هو بالنسبة لظاهر الحال فالمنكر إن كان صادقًا فى إنكاره ، فما أخذ منه حرام ، وإلا فحلال ، وفرّع على قوله : « ولا يحل للظالم » قوله :

(فَلَوْ أقَرَّ) الظالم منهما (بَعْدَهُ) : أى بعد الصلح فللمظلوم نقضه لأنه كالمغلوب عليه (أو شَهِدَتْ له) : أى للمظلوم منهما (بَيِّنَةٌ لَمْ

المدعى به بيع .

قوله : [جمعتها فى قولى موانع الصلح] إلخ : هذان البيتان من البسيط .

قوله : [جهل] : أى بالمصالح به أو بالمصالح عليه .

قوله : [حط] : أى حُطّ الضمان وأزيدك .

وقوله : [ضع] : أى وتعجل .

قوله : [ونسا] أى ربا نساء .

قوله : [تأخير صرف] : أى صرف مؤخر .

قوله : [وتسليف بمنفعة] : أى سلف جر نفعاً .

قوله : [بيع الطعام بلا قبض] : أى بيع طعام المعاوضة قبل قبضه .

قوله : [تحظى بمعرفة] : أى تظفر بمعرفة تلك الموانع .

قوله : [ولا يحل الصلح] : أي بمعنى المصالح به سواء كان مأخوذاً أو متروكاً . وظاهر أن الصلح لا يحل للظالم ، ولو حكم له حاكم يرى حله للظالم ، وهو الموافق لقول خليل فى القضاء : « ورفع الخلاف لا أحل حراماً » .

قوله : [فلو أقر الظالم منهما] : أى بالحق . وحاصله : أن الظالم إذا أقر ببطلان دعواه الصلح ــ كما إذا أقر المدعى عليه أن ما ادعى عليه به حق أو أقر المدعى ببطلان دعواه ــ كان للمظلوم وهو المدعى فى الأولى والمدعى عليه فى الثانية نقض ذلك الصلح .

قوله : [أو شهدت له] إلخ : هذا مقيد بأن يقوم له على الحق شاهدان ، فإن

يَعْلَمْهَا) حال الصلح — وإن كانت حاضرة بالبلد — فله نقضه ، إن حلف أنه لم يعلم بها . وإلا فلا وأولى إن أقر أو شهد عليه بعلمه بها (أو) يعلمها ولكن (بَعُدَتْ جِدًّا) — لا إن كانت قريبة أو بعيدة لا جدًّا — كعشرة أيام فى الأمن (وأَشْهَدَ) عند الصلح (أَنَّهُ) إذا حضرت بينته البعيدة (يقُومُ بها) : فله القيام بها إذا حضرت إذا أعلن ذلك عند الحاكم بل (ولَوْ لَمْ يُعْلِنْ ، أو) صالح و (وَجَدَ وَثِيقَةً بَعْدَهُ) : أى بعد الصلح فيها قدر الدين الذى أنكره المدعى عليه (أو) كان المدعى عليه (يُقِرُّ) بالحق الذى عليه (سِرًّا فَقَطْ) وينكر بين الناس فى الظاهر (فأَشْهَدَ) بينة (عَلَى ذَلِكَ) : أى على أنه يقر سرًّا وينكر علانية . فلعله إذا صالحته يقر بعده فى العلانية : فاشهدوا لى على أنى لا أرضى أن أقر بذلك الصلح (ثُمَّ صَالَحَ) فأقر علانية (فلَهُ نَقْضُهُ) راجع للجميع كما تقدمت الإشارة إليه . وتسمى هذه البينة بينة الاسترعاء ، ولا بد من تقديمها على الصلح وإقرار المنكر بعده كما أشرنا له فى التقرير .

* ثم ذكر مسألتين لا ينقض الصلح فيهما بقوله :

(لا) ينقض الصلح (إنْ عَلِمَ) المدعى (بِبَيِّنَتِهِ) الشاهدة له بحقه وصالح المدعى عليه المنكر (ولم يُشْهِد) حال صلحه أنه يقوم بها إذا حضرت

قام له شاهد واحد وأراد أن يحلف معه لم يقض له بذلك ، قاله الأخوان وابن عبد الحكم وأصبغ ونقله ابن ناجى فى شرح الرسالة (اهـ — بن) .

قوله : [أو صالح ووجد وثيقة بعده] : أى فحكم الوثيقة حكم البينة التى له القيام بها . والفرض أن الوثيقة إما بخط المدعى عليه أو فيها ختم قاض ثقة وإن ماتت شهودها أو توقفت شهادة الشهود عليها .

قوله : [ولابد من تقديمها على الصلح] : أى لقول ابن عرفة : وشرط الاسترعاء تقدمه فيجب ضبط وقته . وشرطه أيضاً إنكار المطلوب ورجوعه بعد الصلح إلى الإقرار وإلا لم يفد — كذا فى الأصل . ومحل توقف الرجوع فى الصلح على بينة الاسترعاء المذكورة : إن وقع من المدعى إبراء عام — كما فى المجموع والخرشى ، وإلا فإقرار المدعى عليه بالحق يوجب نقض الصلح وإن لم تكن هناك بينة استرعاء وهى ، أول المسائل .

إذا كانت بعيدة جداً . وأما القريبة أو البعيدة متوسطاً فليس له نقضه أشهد أو لم يشهد لأنه لما علمها وتركها ولم يشهد فى البعد كان مسقطاً لبعض حقه .

(أو قَالَ) المدعى : (عِنْدِى وَثِيقَةٌ) بالحق (فقِيلَ) : أى قال (له) المدعى عليه : (ائْتِ بِهَا) وخذ حقك الذى فيها (فادَّعَى ضَيَاعَهَا) منه (وصَالَحَ) فلا ينقض الصلح بعد ذلك إذا وجدها ؛ لأن المدعى عليه هنا ليس بمنكر وإنما طلب الوثيقة ليمحها أو ليكتب عليها وفاء الحق فصالحه على إسقاط حقه ، فلا قيام له بعد ذلك ، بخلاف الأولى فإنه منكر للحق من أصله والمدعى إنما صالح لعدم وجود صكه .

* (و) جاز صلح بعض الورثة (عَنْ إرْثٍ) يخصه (كَزَوْجَةٍ) مات زوجها فاستحقت الربع أو الثمن (مِنْ عَرْضٍ ووَرِقٍ وذَهَبٍ) فصالحت الابن مثلا (بذَهَبٍ) فقط أو ورق فقط أو عرض بشرط حضور ما صالحت

قوله : [لأنه لما علمها] إلخ : هذا تعليل للبعيدة وأما القريبة والمتوسطة فلتعجيله الصلح .

قوله : [لأن المدعى عليه هنا ليس بمنكر] : شروع فى الفرق بين هذه وبين قوله سابقاً أو وجد وثيقة بعده .

قوله : [ليمحها] : صوابه ليمحوها بالواو والفعل منصوب بأن مضمرة بعد لام التعليل .

قوله : [كزوجة] إلخ : حاصله: أن الميت إذا ترك دنانير ودراهم وعروضاً وعقاراً ، فإنه يجوز لابنه مثلا أن يصالح الزوجة أو غيرها من الورثة على ما يخصها من التركة. فإن أخذت ذهباً من التركة قدر مورثها من ذهب التركة فأقل أو أخذت دراهم من التركة قدر مورثها من دراهم التركة فأقل ، والحال أن باقى الذهب حاضر فى الصورة الأولى وباقى الدراهم حاضر فى الصورة الثانية أو كان الذهب يزيد ديناراً فقط عن حصتها قلت الدراهم والدنانير أو كثرت أو زاد عن دينار وقلت الدراهم أو قلت العروض التى تخصها بحيث يجتمع البيع والصرف فى دينار ، فهذا كله جائز كما أفاده الشارح .

قوله : [فصالحت الابن] : المناسب فصالحها الابن ولكن لما كانت المصالحة

منه كما فى المدونة (قَدْرِ مَورِثِهمَا) بوزن مَجْلِسْ (منه) : أى من الذهب أو من الورق ؛ كصلحها بعشرة دنانير والذهب ثمانون عند الفرع الوارث أو أربعون عند عدمه والذهب حاضر ؛ فإن حضر بعضه والبعض غائب لم يجز (فأقَلّ) مما يخصها لجواز ترك بعض الحق (أو أزْيَدَ بدِينَار) فقط (مُطْلَقًا) قلت الدراهم أو العروض أو كثرت لاجتماع الصرف والبيع فى دينار فقط وهو جائز ؛ وذلك لأنها لو صالحت بأحد عشر فيما ذكر فعشرة منها فى نظير ما يخصها من الذهب والحادى عشر فى نظير ما يخصها من الدراهم والعروض فقد اجتمع الصرف والبيع فى دينار (أو أكثَرَ) من دينار (إنْ قَلَّتِ الدَّرَاهِمُ أو) قلت (العُرُوضُ باعتبار قيمتها (التى تَخُصُّها) راجع لكل (عَنْ صَرْفِ دِينَار) وأولى إن قلا معاً . فإن كثرا معًا منع . لأنه يؤدى إلى اجتماع بيع صرف فى أكثر من دينار . وأما صلحهما بالعروض فيجوز مطلقًا كان قَدْرَ[1] ما يخصها منه أو أقل أو أكثر .

مفاعلة من الجانبين صح إسنادها لآخذ الصلح أو لدافعه وكذا يقال فى جميع ما يأتى .

قوله : [والذهب ثمانون عند الفرع الوارث] : أى لأن لها حينئذ ثمناً وهو عشرة وقوله أو أربعون عند عدمه أى لأن لها الربع وهو عشرة .

قوله : [فإن حضر بعضه والبعض غائب لم يجز] : إنما شرطوا فى النوع الذى أخذت منه الحضور لجميعه لأنه لو كان بعضه غائباً لزم النقد بشرط فى الغائب . نعم إن أخذت حصتها من الحاضر فقط جاز لإسقاط الغائب (اهـ - بن) .

قوله : [لاجتماع الصرف والبيع فى دينار] : يعلم من هذا أنه ليس المراد بقلة الدراهم أن يكون حظها منها قليلا . بل المراد أن تأخذ فى مقابلتها مع العروض ديناراً بحيث يجتمع البيع والصرف فيه .

قوله : [إن قلت الدراهم أو قلت العروض] : تحصل من كلامه أن الصور الجائزة أربع : أن تقل الدراهم التى تنوبها عن صرف الدينار ، أو تقل قيمة العروض التى ينوبها عن صرفه ، أو يقلا معاً ، أو تأخذ عن الدراهم والعروض ديناراً فقط ولو كثرا .

قوله : [فيجوز مطلقاً] : أى بشرط حضوره كله .

---

(١) أى مثلا أو مساوياً .

(لا) يجوز الصلح (مِنْ غَيْرِهَا) : أى التركة كأن يصالحها الوارث بمال من عنده (مُطْلَقاً) كان المصالح به ذهبًا أو فضة أو عرضًا قل أو كثر كانت التركة حاضرة أو غائبة ، (إلا) أن يصالح (بعُرُوضٍ) من غيرها بشروط (إنْ عُرِفَ جَمِيعُهَا) : أى التركة لهما معًا — ليكون الصلح على معلوم —(وحَضَرَ) الجميع حقيقة فى العين ولو حكمًا فى العرض بأن كان قريب الغيبة بحيث يجوز النقد فيه بشرط فيكون فى حكم الحاضر (وأَقَرَّ المَدِينُ) بالدين الذى عليه للميت — إنْ كان مدينٌ — (وحَضَرَ) عقد الصلح وكان ممن تأخذه الأحكام ولا بد من بقية شروط جواز بيع الدين .

قوله : [لا يجوز الصلح من غيرها] : أى لما فيه من التفاضل بين العينين ؛ العين المدفوعة صلحاً والعين المصالح عنها ، لأنها باعت حظها من النقدين والعرض بأحد النقدين ؛ ففيه بيع ذهب وفضة وعرض بذهب أو بفضة . والقاعدة أن العرض إذا كان مصاحباً للعين أعطى حكمه .

قوله : [ليكون الصلح على معلوم] : أى لأنها بائعة لنصيبها ذلك وهو مشتر له ، فلا بد من علمهما له .

قوله : [وحضر الجميع] : علة هذا الشرط السلامة من النقد فى الغائب بشرط ، وفيه أنه لا شرط هنا فكأنهم جعلوا عقد الصلح على التعجيل شرطاً فى المعين .

قوله : [بأن كان قريب الغيبة] : أى كيومين مع الأمن فى غير العقار ، وأما هو فلا يضر شرط النقد فيه ما لم يبعد جداً .

قوله : [ولابد من بقية شروط جواز بيع الدين] : حاصل الشروط أنه لايجوز بيع الدين إلا إذا كان الثمن نقداً وكان المدين حاضراً فى البلد ، وإن لم يحضر مجلس البيع ، خلافاً للشارح فى قوله : وحضر عقد الصلح وأقر بالدين وكانت تأخذه الأحكام وبيع بغير جنسه أو بجنسه وكان مساوياً لا أنقص ، وإلا كان سلفاً بزيادة ولا أزيد وإلا كان فيه حط الضمان وأزيدك ، وليس عيناً بعين وليس بين المشترى والمدين عداوة ، وألا يكون يمنع بيعه قبل قبضه كطعام المعاوضة ؛ فالشروط ثمانية قد علمتها .

(وإلا) الصلح (عَنْ دَرَاهِمَ وعَرَضٍ تُرِكَا بِذَهَبٍ عِنْدَهُ) لا من التركة كما هو الموضوع ، فلو حذفه ما ضر ، فيجوز .

(كبَيْعٍ وصَرْفٍ) : أى كجواز بيع وصرف ، فإن كان ما يخصها من الدراهم قليلا — أقل من صرف دينار — جاز ، وإلا فلا . وكذا إن صالحت عن ذهب وعرض بورق .

(و) جاز الصلح (عَنْ) دم (العَمْدِ) نفساً أو جرحاً (بِمَا قَلَّ) من المال (وكَثُرَ) : لأن العمد لا دية له أصالة .

(ولِذِي دَيْنٍ) محيط على الجانى (مَنْعُهُ) : أى منع الجانى (مِنْهُ) : أى من الصلح بمال ، لما فيه من إتلاف ماله الذى يستحقه رب الدين فى دينه .

• (وإنْ صَالَحَ أحدُ وَلِيَّيْنِ) فأكثر — مَنْ قَتَلَ أباهما مثلا — بقدر

قوله : [وإلا الصلح عن دراهم وعرض] إلخ : يعنى أن التركة ، إذا لم يكن فيها إلا دراهم وعروض وصولحت الزوجة عما يخصها بذهب من غير التركة فذلك جائز كجواز اجتماع البيع والصرف . وكذلك الحكم إذا لم يكن فى التركة دراهم بل ذهباً وعروضاً وصالحها بدراهم .

قوله : [وجاز الصلح عن دم العمد] : ظاهره جواز الصلح عليه ولو قبل ثبوت الدم وهو كذلك كما فى حاشية الأصل .

قوله : [لما فيه من إتلاف ماله] : أى ولم يعامله الغرماء عليه ، لأنه يفدى نفسه من القتل أو القطع قصاصاً وهم لم يعاملوه على إتلاف ما لهم لصون نفسه ، وليس هذا كتزوجه وإيلاد أمته ؛ لأن الغرماء عاملوه على ذلك كما عاملوه على الإنفاق على زوجته وأولاده الصغار .

• فرع : لو وقع الصلح على أن يرتحل القاتل من بلد الأولياء ، فقال ابن القاسم : الصلح منتقض ولصاحب الدم أن يقوم بالقصاص ولو ارتحل الجانى ، وقال المغيرة : يجوز ويحكم على القاتل ألا يساكنهم أبداً كما شرطوه ؛ وهذا هو المشهور المعمول به واستحسنه سحنون . وعليه فإن لم يرتحل القاتل أو عاد وكان الدم ثابتاً كان لهم القود فى العمد والدية فى الخطأ — وإن لم يكن ثبت — كان لورثة المقتول العود للخصام ولا يكون الصلح قاطعاً لخصامهم .

الدية أو أقل أو أكثر (فللآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ) فيما صالح به جبراً، فيأخذ ما ينوبه ولو صالح بقليل (وسَقَطَ القَتْلُ) عن القاتل . وله عدم الدخول معه فله نصيبه من دية عمد ولا دخول للمصالح معه ، وله العفو مجاناً فلا شيء له مع المصالح .

(كَدَعْوَاهُ) — تشبيهٌ فى سقوط القتل — أى : كدعوى أحد الوليين (الصلْحَ فأنْكَرَ) الجانى ، فإنه يسقط القتل وكذا المال الذى سماه الولى إن حلف الجانى . فإن نكل حلف الولى وأخذ المال وإن صالح (وَارِثٌ)

قوله : [فللآخر الدخول معه] : وحيث رضى بالدخول معه فلا يرجع واحد منهما على الجانى بشىء وسواء صالح عن نصيبه فقط أو عن جميع الدم .

قوله : [وسقط القتل عن القاتل] : أى بمجرد صلح الأول يسقط القصاص .

قوله : [ولا دخول للمصالح معه] : أى لو أخذ الثانى نصيبه من دية عمد فلا دخول للأول معه لرضاه بالصلح .

قوله : [وله العفو مجاناً] : أى للثانى العفو مجاناً وليس له القصاص لما علمت أنه سقط بصلح الأول قال خليل : « وسقط إن عفا رجل كالباقى » . والحاصل : أن الآخر يخير أولاً فى العفو وعدمه ، فإن عفا فلا دخول له مع المصالح ولا شىء له أصلا ، وإن لم يعف فيخير ، إما أن يدخل مع المصالح فيما صالح به ولارجوع لواحد منهما على الجانى على المعتمد ، أو لايدخل وله نصيبه من دية عمد أو يصالحه بأقل أو أكثر .

قوله : [وكذا المال الذى سماه الولى] إلخ : إنما سقط القتل والمال لأن دعواه أثبتت أمرين : إقراره على نفسه بأنه لايقتص منه، وأنه يستحق مالا على الجانى. فيؤخذ بما أقر به على نفسه ولم يعمل بدعواه على الجانى. وأما غيره من الأولياء إذا لم يوافقه على دعوى الصلح فلهم نصيبهم من دية عمد أو الصلح بما قل أو كثر ، ولاسبيل إلى القتل بحال لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

قوله : [وإن صالح وارث] إلخ : حاصله : أن أحد الوارثين — سواء كانا ولدين أو أخوين أو عمين أو غير ذلك — إذا ادعى بمال على شخص مخالط لمورثه فى تجارة أو وديعة فأقر بذلك أو أنكر وصالحه عليه فإن للوارث الآخر أن

وارث من الورثة - كأحد ولدين مدينًا لأبيهما على دين ثابت عليه - بل (وإنْ عَنْ إنْكَارٍ) من المدعى عليه (فَلِلآخَرِ الدُّخُولُ) معه فيما صالح به ، وله عدم الدخول والمطالبة بجميع منابه ، والصلح بما قل أو كثر .

(كحق) تشبيه في الدخول (لشَرِيكَيْنِ) على شخص (في كِتَابٍ) : أى (وثيقة أوْلاَ) : فكل من قبض شيئًا فلصاحبه الدخول معه فيه (إلاَّ أن يَشْخَصَ أحدهما) : أى يسافر بشخصه للمدين - إذا كان ببلد آخر - (ويعْذرَ) الشاخص (لَهُ) : أى لشريكه الذى لم يشخص (في الخُرُوجِ) معه (أو التَّوكيلِ) بأن يقول له عند حاكم أو بينة : إنى ذاهب لفلان فاخرج معى أو وكلنى أو وكل غيرى على قبض ما عليه لك ، (فيمتنع) من الخروج والتوكيل ، فلا يدخل معه فيما قبضه ، لأن امتناعه قرينة على رضاه باتباع ذمة غريمه .

يدخل مع صاحبه فيما صالح به عن نصيبه وله ألا يدخل ويطالب بحصته كلها فى حالة الإقرار وله تركها له وله المصالحة بأقل منها . وأما فى حالة الإنكار ؛ فإما أن يكون له بينة أم لا ، فإن كان له بينة أقامها وأخذ حقه أو تركه أو صالح بما يراه صوابًا ، وإن لم يكن له بينة فليس على غريمه إلا اليمين .

قوله : [وارث وارث من الورثة] : هكذا نسخة المؤلف بتكرار وارث مرتين واحدة بالمداد الأحمر والثانية بالأسود والصواب إسقاط الثانية .

قوله : [من الورثة] : لاحاجة له .

قوله : [والصلح] : معطوف على المطالبة ، فهو مرتب على عدم الدخول .

قوله : [لشريكين] : أى حق مشترك بينهما . فموضوع الكلام فى الحق المشترك ، وأما إن كان لكل منهما حق وكان الحقان على شخص واحد لاشتراك بينهما فسيأتى .

قوله : [إلا أن يشخص أحدهما] إلخ : الحق كما قال الأجهورى : أن المدار على الإعذار وإن لم يكن سفر بأن كان المدين حاضرًا ببلدهما . ونحوه قول أبى الحسن : فصَّل فى المدونة فى الغائب وسكت عن الحاضر وهو مثله فى الإعذار (اهـ بن) .

(أو يَكُونَ) الحق الذى لهما مكتوبًا (بكِتَابَيْنِ) : أى كل واحد منهما كتب حقه الذى يخصه فى وثيقة على حدته ، فما قبضه أحدهما لا يدخل معه الآخر فيه لأنه حينئذ صار كدينين مستقلين.

(وإنْ صَالَحَ) أحد الشريكين فى مائة مثلا على مدين (عَلَى عَشَرَةٍ من خَمْسِينِهِ) التى تخصه من المائة (فللآخَرِ تَرْكُهَا) : أى العشرة للمصالح واتباع غريمه بخمسينه (أو أخْذُ خَمْسَةٍ منها) : أى من العشرة (ويَرْجِعُ) على الغريم (بِخَمْسَةٍ وأربَعِينَ و) يرجع (الآخَرُ) على الغريم (بخَمْسَةٍ) لأنه لما صالح بعشرة لم تتم له منها إلا خمسة .

(ولا رُجُوعَ) لأحد الشريكين بشىء مما قبضه شريكه (إنْ اخْتَار مَا على الغريمِ) وسلم للقابض ما قبضه بصلح أولا (وإنْ عَدِمَ) الغريم أو ما بيده من المال ؛ لأنه لما اختار ما على الغريم ؛ فكأنه قاسم صاحبه .

قوله : [لأنه حينئذ صار كدينين] : أى فتعدد الكتاب يفرق ما كان متحداً كما أن اتحاد الكتاب يصير المتعدد متحداً . كما قال فى المجموع : وإن اشتركا فى حق فلأحدهما الدخول فيما قبض الآخر إن كان أصله لهما أو جمعهما كتاب ولو لم يكن أصله لهما على أرجح التأويلين فى الأصل (اهـ) .

قوله : [مِن خمسينه] : إن قلت : مقتضى القواعد حذف النون للإضافة ؟ وأجيب : بأنه مشى على طريقة من يعربه إعراب حين فيثبت النون لدفع توهم أنه تثنية خمس من أول الأمر ، وإن كان هذا التوهم يزول بقوله بعد : « ويرجع بخمسة وأربعين » فتأمل .

قوله : [فللآخر تركها] إلخ : محل تخييره ما لم يكن أعذر له وقت الخروج وإلا فلا دخول له فى العشرة وإنما يطالبه بخمسينه .

قوله : [ولا رجوع لأحد الشريكين] : هذا شامل لكل شريك فى هذه المسألة أو غيرها .

● **تتمة** : إن قتل جماعة رجلا أو قطعوا يدا مثلا ، جاز صلح كل منهم على انفراده والعفو عنه مجاناً أو القصاص للجميع أو عفو عن بعض والقصاص عن الباقى أو صلحه ، ومن ذلك لو صالح مقطوع عمداً ثم نزى ومات ، فللولى رد

. . . .

الصلح والقتل بقسامة أنه مات من ذلك الجرح ؛ لأن الصلح إنما كان عن قطع فكشف الغيب أنه نفس ، وكذا لو صالح مقطوع خطأً ثم نزى ومات فإن للورثة رد الصلح ويقتسمون ويأخذون الدية من العاقلة ، ويرجع الجانى المصالح بما دفع من ماله ، ويكون فى العقل كواحد منهم ، ولهم الرضا بالصلح الأول فى المسألتين .

باب
فى الحوالة وأحكامها

● (الحَوَالَةُ) : عرفًا — وهى مأخوذة من التحول يقال: حَوَّل الشىء من مكانه : نقله منه إلى مكان آخر ، وحول وجهه : لفتَه . (صَرْفُ دَيْنٍ) : أى نقله وطرحه (عَنْ ذِمَّةِ المَدِينِ بمثله) : أى بدين مماثل للمطروح قدراً وصفة ؛ كعشرة محمدية فى مثلها (إلى) ذمة (أخْرَى تَبْرَأُ بِهَا) : أى بسببها: أى الحوالة التى هى الصرف المذكور — ولو قال به كان أوضح — الذمة (الأُولَى) كأن يكون لزيد عشرة على عمرو ولعمرو عشرة على خالد فيوجه عمرو زيداً بالعشرة التى له عليه على خالد ويبرأ عمرو مما عليه لزيد .

● (وركنُهَا) : أى أركانها خمسة :

(مُحِيلٌ) : وهو من عليه الدين .

(ومُحَالٌ) : وهو من له الدين .

باب :

أى فى تعريفها .

وقوله : [وأحكامها] : أى مسائلها .

لما أنهى الكلام على مسائل الصلح . وكانت الحوالة شبيهة به ؛ لأنها تحويل من شىء لشىء آخر ، كما أن الصلح كذلك أتبعها به . وهى بفتح الحاء .

قوله : [عرفاً]: مرتبط بكلام المتن الآتى، وكان حقه أن يذكره بلصقه .

وأما قوله : [وهى مأخوذة] إلخ : بيان للمعنى اللغوى والأكثر أنها رخصة مستثناة من بيع الدين بالدين كما قاله عياض .

قوله : [بمثله] : متعلق بصرف والباء بمعنى « فى » وكذا قوله : إلى ذمة أخرى.

قوله : [ولو قال به كان أوضح] : أى وإنما أنث الضمير نظراً للمعنى لأن الصرف المذكور حوالة .

(ومُحَال ٌ عليه) : وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول .
(و) محل (به) : وهو الدين المماثل .
(وصِيغَة ٌ تدُل ُّ) على التحول والانتقال ؛ ولو بإشارة أو كتابة .
• (وصحتها) : أى شرط صحتها .
• (رِضَا الأوَّلَيْن ِ) : المحيل والمحال (فَقَط ْ) دون المحال عليه . وإنما يشترط حضوره وإقراره على الأرجح .
• (وثُبُوتُ دَيْن ٍ) للمحيل على المحال عليه ؛ وإلا كانت حمالة إن رضى

قوله : [مماثل للمدين الأول]: هكذا نسخة المؤلف والمناسب : للدين الأول.
قوله : [تدل على التحول] : أى فلا يشترط أن يكون فيها لفظ الحوالة وما اشتق منها خلافاً لمن يقول بذلك .
قوله : [ولو بإشارة أو كتابة]: ظاهره أنها تكفى الإشارة أو الكتابة ولو من غير الأخرس، وهو المأخوذ من كلام ابن عرفة ، وقال بعضهم : لايكفيان إلا من الأخرس .
قوله : [وإنما يشترط حضوره] إلخ : قال فى حاشية الأصل : ولا يشترط رضاه على المشهور بل هى صحيحة رضى أم لا ، إلا إذا كان بينه وبين المحال عداوة سابقة على وقت الحوالة فلا تصح على المشهور، وهو قول مالك . فإن حدثت العداوة بعد الحوالة منع المحال من اقتضاء الدين من المحال عليه ووكل الحاكم من يقتضيه منه لئلا يبالغ فى إيذائه .
والحاصل : أن الفقهاء من الأندلسيين اختلفوا : هل يشترط فى صحة الحوالة حضوره وإقراره أو لا يشترط ذلك؟ رجح كل من القولين ؛ وإن كان الأول أرجح كما قال الشارح ؛ لأنه مبنى على أن الحوالة من قبيل بيع الدين فيشترط فيها شروطه غاية الأمر أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر . وأما القول الثانى فمبنى على أنها أصل مستقل بنفسه فلا يسلك بها مسلك بيع الدين من اشتراط الحضور والإقرار .
قوله : [وثبوت دين] : قال ابن عاشر : المراد بثبوت الدين وجوده لاخصوص الثبوت العرفى ببينة أو إقرار، فيكفى فى الثبوت تصديق المحال .
قوله : [وإلا كانت حمالة] : أى تحملا منه على سبيل التبرع ، فلذلك اشترط

المحال عليه لا حوالة وإن وقعت بلفظ الحوالة . وخرج بقوله :

(لازِمٍ) : دين على صبي أو سفيه أو رقيق بغير إذن وليّ أو سيد ، وكذا ثمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه ؛ فلا تصح الحوالة عليهم . وقد يقال : إن الدين هنا لم يثبت من أصله ؛ وقيل : إنه احترّاز عن حوالة الأجنبي على المكاتب .

(عَلَى الثَّالِثِ) : أي المحال عليه ، وكذا ثبوت دين للمحال على المحيل .

(فإنْ عَلِمَ) المحال (بعَدَمِهِ) : أي عدم الدين على المحال عليه (وشَرَطَ) المحيل (البَرَاءَةَ) من الدين الذى عليه (صَحَّ) وبرئ ؛ فلا رجوع له عليه ولو مات المحال عليه أو فلس (وَهِيَ) حينئذ (حَمَالَةٌ) يشترط فيها رضا المحال عليه : فإن لم يشترط البراءة فله الرجوع عند موته أو فلسه . فإن لم يرض

رضاه وسيأتى ذلك .

قوله : [فلا تصح الحوالة عليهم] : أى لعدم لزوم ذلك الدين ؛ لأن لولى الصغير والسفيه وسيد الرقيق طرح الدين عنهم .

قوله : [وقد يقال] إلخ : قال (بن) هذا خارج بشرط ثبوت الدين لأنه لادين هنا . قال محشى الأصل : وفيه أن الدين من حيث هو ثابت ثم النظر لولى الصغير والسفيه — إن رآهما صرفاه فيما لهما غنى عنه — رده ، وإلا ضمنا بقدر ما صونّا به مالهما ، فصح ثبوت الدين فى الجملة قبل تبين شيء لكنه غير مجزوم بلزومه فلا تصح الحوالة إذ ذاك . وأما العبد فثبوت دينه ظاهر ، وإنما يسقطه إسقاط السيد بدليل أنه لو عتق قبل الإسقاط لزمه (اهـ) .

قوله : [وقيل إنه احتراز] : أى قوله : « لازم » وإنما كان حوالة الأجنبى على المكاتب من محترزات الدين اللازم لأن المكاتب إذا عجز عنه لايتبع به والأظهر أن قوله لازم مخرج لدين الصبى والسفيه والعبد ولثمن المبيع على الخيار ولكتابة المكاتب .

قوله : [وهى حينئذ حمالة] : أى وحيث كانت حمالة فهل للمحال عليه الرجوع بما دفعه للمحال ، أو لا رجوع له على المحيل ، قال فى الحاشية : الذى ينبغى أنه إن قامت قرينة على تبرع المحال عليه فلا رجوع له بما دفعه وإلا كان له الرجوع .

قوله : [فإن لم يشترط البراءة] إلخ : هذا محترز قوله : « وشرط المحيل البراءة » ، وقوله : [فإن لم يرض] إلخ : هذا محترز الشرط الذى زاده الشارح بقوله :

المحال عليه فهل له الرجوع عند شرط البراءة ؟ قال بعضهم : الظاهر أنه لا رجوع له لأنه حين أبرأ غريمه سقط تعليقه به ثم إن رضى المحال عليه لزمه ، وإلا فلا؛ وهو ظاهر على قول ابن القاسم إنه لا رجوع عند شرط البراءة أى ولو مات أو فلس . وأما على قول غيره إن له الرجوع إذا مات المحال عليه أو فلس فيظهر الرجوع عند عدم الرضا ، والراجح قول ابن القاسم .

● (و) شرط صحتها :

(حُلُولُ) الدين (المُحَالِ بِهِ فقط) لا حلول الدين المحال عليه .

(وتَسَاوِى الدَّيْنَيْنِ) : المحال به وعليه (قَدْراً وصِفَةً) : فلا تصح حوالة بعشرة على أكثر منها ولا أقل ولا بعشرة محمدية على عشرة يزيدية ولا عكسه . فليس المراد بالتساوى أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه قدراً وصفة لأنه يجوز أن يحيل بعشرة عليه على عشرة من عشرين على غريمه وأن يحيل بخمسة من عشرة عليه على خمسة على غريمه .

(وأنْ لاَ يكُونَا) : أى الدينان (طَعَامَيْنِ مِنْ بَيْعٍ) : لئلا يلزم بيع الطعام قبل قبضه ، فإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جاز إذا حل المحال به عند الأصحاب ، إلا ابن القاسم فاشترط طولهما معاً . وقال ابن رشد : يمنع مطلقاً لوجود العلة . وأجيب : بأن قضاء القرض بطعام البيع جائز كما تقدم .

« يشترط فيها رضا المحال عليه » .

قوله : [وأما على قول غيره] : أى وهو رواية أشهب عن مالك .

قوله : [حلول الدين المحال به] : أى فإن كان غير حالّ ؛ فلا تجوز إلا أن يكون المحال عليه حالاً وإلا فتجوز كما نقله المواق عن ابن رشد قال (ر) : فإن أخرجت عن محل الرخصة بعدم حلول الدين المحال به فأجرها على القواعد ، فإن أدت لممنوع منعت وإلا فلا . والحاصل : أن الشرط فى جوازها إما حلول الدين المحال به أو المحال عليه أو هما لعدم وجود ما يقتضى المنع ، وأما إذا كانا معاً غير حالين فالمنع لبيع الدين بالدين مع التأخير وفيه البدل المؤخر إن كانا ذهبين أو ورقين .

قوله : [لوجود العلة] : أى وهى بيع طعام المعارضة قبل قبضه .

● إذا علمت صحة الحوالة بشروطها الخمسة المتقدمة :

● (فَيَتَحَوَّلُ) بمجرد عقدها (حَقُّهُ) : أى المحال (عَلَى المُحالِ عَلَيْهِ ، ولاَ رجوعَ) له على المحيل (وإنْ أعْدَمَ) المحال عليه (أوْ مَاتَ أوْ جَحَدَ) الحق الذى عليه بعد الحوالة (إلاّ أنْ يَعْلَمَ بذَلِكَ المُحيلُ فَقَطْ) دون المحال فله الرجوع عليه لأنه قد غرّه .

(و) لو ادعى المحال علم المحيل حين الحوالة وأنكر المحيل العلم (حَلَفَ) المحيل (عَلَى نَفْيِهِ) : أى نفى العلم (إنْ ظُنَّ بهِ العِلْمُ) وبرئ إن كان مثله يظن به العلم ، فإن لم يحلف رجع عليه . فإن لم يظن به العلم فلا يمين عليه ولو اتهمه المحال .

(والقَوْلُ للمُحيلِ) بيمين (إن ادَّعَى) المحال (عليه نَفْيَ الدَّيْنِ

قوله : [بشروطها الخمسة] : أى حيث جعل ثبوت الدين ولزومه واحداً ، وإلا فيكون ما صرح به المصنف ستة ، ويزاد عليها شرط ، وهو حضور المحال عليه ، وإقراره الذى صرح به الشارح أولا فتكون سبعة .

قوله : [ولا رجوع على المحيل] إلخ : ابن عرفة سمع سحنون المغيرة : إنْ شرَطَ المحال على المحيل أنه إن فلس المحال عليه رجع فله شرطه ، ونقله الباجى . قال ابن رشد : هذا صحيح لا أعلم فيه خلافاً (اهـ . ابن عرفة) وفيه نظر لأن شرطه هذا مناقض لعقد الحوالة . وأصل المذهب فى الشرط المناقض للعقد أن يفسده تأمل (اهـ . بن) .

قوله : [لأنه قد غره] : استفيد من كلام الشارح أن المحال إذا علم بإفلاس المحال عليه — علم بذلك المحيل أيضاً أو لا — فإنه لا رجوع له على المحيل للعلم بذلك ، فإن شك المحال فى إفلاس المحال مع علم المحيل بذلك ففى ابن عرفة والتوضيح أن للمحال الرجوع على المحيل .

قوله : [والقول للمحيل بيمين] إلخ : حاصله أنه إذا تنازع المحيل والمحال بعد موت المحال عليه أو غيبته غيبة انقطاع فقال المحال : أحلتنى على غير دين فأنا أرجع عليك بدينى ، وقال المحيل : بل أحلتك على دين لى فى ذمة المحال عليه ، فالقول قول المحيل بيمين وقد برئ من الدين .

عَنْ المُحَالِ عَلَيْهِ) بأن قال : له قد أحلتنى على من لا دين لك عليه فإن حلف برئ ولا رجوع عليه . وهذا إذا مات المحال عليه أوغاب غيبة انقطاع (أو) فى دعواه (الوَكَالَةَ) بأن قال: ما أحلتك وإنما وكلتك أن تقبض ما عليه بطريق الوكالة ، وقال المحال : بل أحلتنى عليه بما لى عليك فالقول للمحيل بيمينه (أو) فى دعواه (السَّلَفَ) بأن قال: أحلتك عليه لتأخذه منه سلفاً فى ذمتك لا حوالة عن دين ونازعه المحال فالقول للمحيل بيمينه ، هذا قول ابن القاسم فى السلف . ويقاس عليه الوكالة ، ورجحه بعضهم . وقال عبد الملك : القول قول المحال وصححه ابن الحاجب ومشى عليه الشيخ ، والله أعلم .

قوله : [الوكالة] : معطوف على « نفى الدين » مسلط عليه ادعى ، فالمناسب أن يقول : أو ادعى عليه الوكالة . إلا أن يقال إنه حل معنى

قوله : [أو فى دعواه السلف] إلخ : اعلم أن ابن الحاجب قال : ولا يقبل قول فى دعوى وكالة أوسلف على الأصح ، قال فى التوضيح . أراد بالأصح قول ابن الماجشون فى المبسوط فى مسألة الوكالة وما خرّجه اللخمى عليه فى مسألة السلف ، وغير الأصح قول ابن القاسم فى العتبية فى السلف وماخرج عليه فى مسألة الوكالة ، فكل مسألة فيها قول منصوص ومخرج عليه قول آخر فى الأخرى (اهـ) .

قوله : [ورجحه بعضهم] : المراد به (بن) .

باب

فى الضمان وأحكامه وشروطه

● (الضَّمَانُ) : أى حقيقته عرفًا ؛ ويسمى : حمالة وكفالة (التزامُ مُكَلَّفٍ): لا صبي ومكره ومجنون ولو أنثى (غَيْرِ سَفِيهٍ) فلايصح من سفيه

باب :

لما كان الضمان والحوالة متشابهين لما بينهما من حمالة الدين أعقبها به .

فقوله : [فى الضمان] : أى تعريفه والمراد بأحكامه مسائله من جهة صحيحها وفاسدها وانفراد الضامن وتعدده وانقسامه إلى ضمان ذمة ووجه وطلب وما يتعلق بذلك .

قوله : [وشروطه] : أى التى يصح بها ويلزم .

قوله : [عرفاً] : أى وأما لغة : فهو الحفظ كما قاله السنوسى فى حفيظته : وأصبحت وأمسيت فى جوار الله الذى لايرام ولايضام ولايستباح وفى ذمته وضمانه الذى لايخفر ضمان عبده (اهـ) .

قوله : [ويسمى حمالة وكفالة] : أى وزعامة قال تعالى: (وأنَا بِهِ زَعِيمٌ)[1] أى كفيل وضامن ويسمى أذانة أيضاً من الأذن بالفتح والتحريك وهو الإعلام لأن الكفيل يعلم أن الحق قبله أو أن الأذانة بمعنى الإيجاب، لأنه أوجب الحق على نفسه ويسمى قبالة أيضاً .

قوله : [التزام مكلف] : من إضافة المصدر لفاعله كما سيأتى .

قوله : [لاصبي] إلخ : أى فالواقع من الصبي والمجنون والسفيه فاسد يجب رده وليس للولى إجازته .

قوله : [ولو أنثى] : مبالغة فى مكلف ولافرق بين كون المكلف مسلماً أو كافراً .

---

(١) سورة يوسف آية ٧٢ .

ويصح من رقيق بإذن سيده كما يأتى (دَيْنًا) معمول « التزام » المضاف لفاعله كائنًا (عَلَى غَيْرِهِ) ؛ وهذا ضمان المال .

● وأشار لضمان الوجه والطلب بقوله :

(أو طَلَبُهُ) : أى المكلف المذكور (مَنْ عَلَيْهِ) الدين (لِمَنْ هُوَ) : أى الدين (له) سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين ، أو مجرداً عن ذلك؛ فشمل التعريف أنواعه الثلاثة . ف « أو » فيه للتنويع ، وقول الشيخ : « شغل » إلخ هو مصدر مضاف لمفعوله ، ومراده به : فعل النفس ، بمعنى أن الشخص شغل نفسه بالحق : أى ألزمها إياه فهو مساو للالتزام ، فاندفع اعتراض ابن عرفة — وتبعه عليه الجماعة — بأن الشغل لازم له لا نفسه ؛ لأن الضمان

قوله : [من رقيق] : أى بالغ وأما الصبى فهو خارج بقوله مكلف .

قوله : [بإذن سيده] :أى ويلزم فإن لم يأذن صح من غير لزوم كما سيأتى .

قوله : [المضاف لفاعله] : أى الذى هو مكلف .

قوله : [وهذا ضمان المال] : أى هذا التعريف خاص بضمان المال .

قوله : [أو طلبه] : معطوف على «ديناً » ومساق الكلام هكذا التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو التزام المكلف مطالبته شخصاً عليه الدين لمن الدين له تأمل.

قوله : [على وجه الإتيان به] : أى وهو ضمان الوجه .

وقوله: [أو مجرداً عن ذلك] : أى وهو ضمان الطلب لأنه تفتيش لا غير .

قوله : [ف « أو » فيه للتنويع] : أى لا للشك فاندفع ما يقال : إن « أو » لا تدخل الحدود أى التى للشك كما علمت ، واندفع ما يقال : كيف يجمع حقائق ثلاثاً فى تعريف واحد وهو لا يمكن ؟

قوله : [فعل النفس] : أى الذى هو الالتزام .

قوله : [فاندفع اعتراض ابن عرفة] : أى على التعريف الذى ذكره خليل ، لأن أصله فى كتاب ابن الحاجب تبع فيه القاضى عبد الوهاب .

قوله : [بأن الشغل] : إلخ : هذا تصوير للاعتراض .

قوله : [لازم له] : الضمير عائد عن الضمان . فقوله بعد : « لأن الضمان » إظهار فى محل الإضمار ، والمعنى : أنه حاصل بنفس الضمان لا نفس الضمان .

مكتسب : أى فهو فعل للنفس . والشغل ليس بمكتسب كالملك فى البيع فإنه لازم البيع لا نفسه . فالحد لا يشمل شيئاً من الضمان ، أى لأنه كالتعريف بالمباين . ووجه الدفع أنه فهم أن المراد بالشغل اشتغال الذمة — ولا يسلم — بل المراد به : إلزام الذمة بالحق لأنه يقال : شغل ذمته ، بكذا فاشتغلت ، نعم التعبير بالالتزام أوضح .

(بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ) : أى على الالتزام المذكور من صيغة لفظية : كأنا ضامن أو ضمانه علىّ أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة .

* فأركانه خمسة : ضامن ، ومضمون ، ومضمون له ، ومضمون به ، وصيغة ، والمضمون به هو الدين .

(وشَرْطُ الدَّيْنِ : لُزُومُهُ) للمضمون فى الحال بل (وَلَوْ) يلزم المضمون (فى المَآلِ) : أى المستقبل (كجُعْلٍ) فإنه قد يئول للزوم ، كما لو قال شخص لآخر : إن أتيت لى بعبدى الآبق مثلا فلك دينار فيصح ضمان

قوله : [أى لأنه كالتعريف بالمباين] : أى بغير الحقيقة بل بالمسبب عنها.

قوله : [ووجه الدفع] إلخ : الصواب أن يقول : ووجه الاعتراض ودفعه ، لأنه ذكر فى هذه العبارة وجه الاعتراض ووجه دفعه تأمل .

قوله : [بل المراد به] إلخ : أى كما أجاب بذلك ابن عاشر .

قوله : [فأركانه خمسة] : أى وقد أخذت من التعريف ، فإن قوله : « التزام مكلف » هو الضامن . وقوله : « دينا » هو المضمون به . وقوله : « من عليه » هو المضمون . وقوله : « لمن هو له » هو المضمون له . وقوله : « بما يدل عليه » هو الصيغة .

قوله : [ضامن] : وسيأتى يقول : « ولزم أهل التبرع » .

وقوله : [ومضمون] : هو من عليه الدين اللازم أو الآيل إلى اللزوم الذى يمكن استيفاؤه من ضامنه .

وقوله : [ومضمون له] : أى وهو من له الدين المذكور .

وقوله : [وصيغة] : هى ما يدل على الالتزام .

قوله : [والمضمون به هو الدين] : أى اللازم أو الآيل إلى اللزوم الذى يمكن استيفاؤه من ضامنه . وصرح به دون باقى الأركان توطئة لكلام المتن .

القائل ، فإن أتى المخاطب بالعبد لزم الضامن الدينار إن لم يدفعه رب العبد للعامل وكذا : داين فلاناً وأنا أضمنه ، أو : إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن .

(لا كِتَابَةً)[1] فلا يصح ضمانها لأنها ليست بلازمة للمكاتب ولا آيلة للزوم ؛ لأنه إذا عجز رجع رقيقاً وكذا لو تداين صغير أو سفيه أو رقيق غير مأذون بغير إذن الولى أو السيد فلا يصح ضمانه لما ذكر ولا يلزم الضامن شىء (إلاَّ بشَرْطِ تَعْجِيلِ العِتْقِ) : للمكاتب نحو : إن أعتقْتَه فأنا ضامن لما عليه من الكتابة ، فأعتقه . فيلزم الضامن ما عليه لأنه آل للزوم .

● (ولَزِمَ) الضمان (أَهْلَ التَّبَرُّعِ) : وهو الحر الرشيد كما أخذ من التعريف ؛ فلا يلزم سفيهاً ولا صبياً ولا مجنوناً ولا مكرهاً . ودخل ضمان المريض والزوجة فى الثلث كما يأتى .

قوله : [وكذا داين فلاناً وأنا أضمنه] : أى وأما إذا قال : داينْ فلاناً أو بع له أو عامله فإنه ثقة مأمون ، ولم يقل : فأنا ضامن له ، فلا يلزم ذلك القائل شىء ، ولو ظهر أن القائل يعلم أنه غير ثقة وأنه غير مأمون لأنه غرور قولى .

قوله : [أو إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن] : أى فإنه يلزم الضمان فيما ثبت ببينة أو إقرار .

قوله : [لأنه إذا عجز رجع رقيقاً] : أى والضامن يتزل منزلة المضمون وما يلزم الأصل لا يلزم الفرع بالأولى .

قوله : [فلا يصح ضمانه] : أى دين الصغير والسفيه والرقيق .

وقوله : [لما ذكر] : أى وهو أنه ليس لازماً ولا آيلا للزوم .

قوله : [إلا بشرط تعجيل العتق] : مثل ذلك ما إذا كانت الكتابة نجماً واحداً وقال الضامن : هو علىّ إن عجز ، وإنما صح الضمان فى هذه الصورة وإن كان لنجم غير لازم لقرب الحرية .

قوله : [لأنه آل للزوم] : أى بسبب تعجيل العتق مع شرط المال ، فإنه فى هذه الصورة يلزم ذمة العبد بعد العتق كما سيأتى فى بابه .

قوله : [فلا يلزم سفيهاً] إلخ : أى ولا يصح ممن ذكر .

---

(١) كتابة أى مكاتبة العبد على أن يدفع ويعتق .

• (كذي رِقٍّ) يلزمه الضمان (إن أذِنَ له سيِّدُهُ) فيه ولم يكن مكاتباً ولا مأذوناً له في التجارة . بل (ولو) كان (مُكاتَبًا أو مَأذُونًا) فلا بد من إذن سيده (وإلاَّ) يأذن السيد (صَحَّ) ضمان الرقيق (فَقَط) ولا يلزمه ، فللسيد إسقاطه عنه فإن أسقطه عنه لم يتبع (وأُتبِعَ) الرقيق (به) : أي بالضمان فيلزمه دفع المال (إنْ عَتَقَ) ضمن بإذن سيده أو لا (إنْ لم يُسْقِطهُ السَّيِّدُ) عنه في الثاني ، فإن أسقطه قبل العتق سقط . وأما فيما إذا أذن له فليس له إسقاطه . وعطف على « ذي رق » قوله :

• (وزَوْجَةٍ ومَريضٍ) ضمنا (بثُلُثٍ) : أي بقدر ثلث ما لهما فيلزمهما فإن زاد على الثلث لم يلزمهما بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج .

• (وجازَ ضَمَانُ الضَّامِنِ) ولو تسلسل ويلزمه ما يلزم الضامن الأصلي .

(و) جاز : (دَايِنْ فُلانًا) وأنا ضامن .

• (ولَزِمَ) الضمان (فيما ثَبَتَ) أنه داينه به (إنْ كانَ) ما ثبت (ممَّا يُعامَلُ بهِ مِثْلُهُ) لا إن لم يثبت ولا إن عامله بشيء لا يعامل به مثله

قوله : [ولم يكن مكاتباً] إلخ : الجملة حالية وهي توطئة للمبالغة في كلام المتن .

قوله : [فللسيد إسقاطه عنه] : أي ولو كان ضامناً لنفس السيد ، ثم إن مراد المصنف بالمكاتب والمأذون : غير المحجور عليهما بدليل عدهما من أهل التبرع .

قوله : [بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج] : محل التوقف بالنسبة للزوجة ما لم يكن ضمانها لزوجها في زائد الثلث ، وإلا فلا يتوقف على إجازته . قال الباجي : لها الكفالة لزوجها بجميع مالها ، أي : وليس له الرد كما تقدم وفي المدونة إن ادعت أنه أكرهها في كفالتها فعليها البينة .

قوله : [ولو تسلسل] : أي ولا استحالة في ذلك لأنه تسلسل في المستقبل والمحال إذا كان في الماضي .

قوله : [ويلزمه ما يلزم الضامن الأصلي] : المراد يلزمه في الجملة لاحتمال أن يكون الأول بالمال والثاني بالوجه فمحل موافقته للضامن الأصلي من كل وجه إن استوى معه في كيفية الضمان .

قوله : [فيما ثبت] : أي بالبينة لا بإقرار المدين .

على أرجح التأويلين .

(وله) : أى لمن قال : «عامل فلانًا وأنا ضامن» : (الرُّجُوعُ) عن الضمان (قَبْلَ المُعَامَلَةِ) لا بعدها (بِخِلافِ) قوله لمدع على رجل : (احلِفْ) إن لك عليه حق (وأنَا أضْمَنُهُ) : فليس له رجوع ولو قبل حلفه ، لأنه التزام كأنه قال : إن حلفت ضمنته فتى حلف لزمه وليس له رجوع قبلها .

• (و) جاز ضمان (بغَيْرِ إذْنِ المَضْمُونِ) : فلا يشترط إذنه .

(كأدائِهِ عَنْهُ) من إضافة المصدر لمعموله : أى كما يجوز لإنسان أن

قوله : [على أرجح التأويلين] : أى وهو الذى قاله ابن يونس وابن رشد والمازرى .

قوله : [الرجوع عن الضمان] : أى سواء قيد بأن قال : داينه أوعامله بمائة ، أو أطلق اتفاقاً فى الأخير وعلى الراجح فى الأول . واختلف إذا رجع الضامن ولم يعلم المضمون له برجوعه حتى عامله ، هل يلزم الضامن – وهو ظاهر المدونة – أو لا يلزمه؟ قولان : الأظهر الأول ، وحينئذ فلابد فى عدم اللزوم من علم المضمون له بالرجوع كما فى الحاشية .

قوله : [إن لك عليه حق] : هكذا برفع حق فى نسخة المؤلف وحقها النصب لأنه اسم إن .

قوله : [ولو قبل حلفه] : أى لأنه بالتزامه صار كأنه حق واجب لتنزيله منزلة المدعى عليه . وإذا غرم الضامن واستمر المدعى على إنكاره ولم تقم عليه بالحق بينة حلفه الضامن . فإن حلف فلا رجوع للضامن بشىء ، وإن نكل غرم له ما أخذه من المدعى .

قوله : [بغير إذن المضمون] : هذا هو نص المدونة وغيرها . وذهب المتيطى قائلا : بعض العلماء يشترط أن يكون بإذنه ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين بأن يكتبوا : تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا .

قوله : [كأدائه عنه] إلخ : أشار به لقول المدونة : من أدى عن رجل ديناً بغير أمره جاز إن فعله رفقاً بالمطلوب ، وإن أراد الضرر بطلبه وإعناته لعداوة بينهما منع من ذلك ، وكذا إن اشترى ديناً عليه لم يجز البيع ورد إن علم (اهـ – بن) .

قوله : [لمعموله] : أى الذى هو الدين .

يؤدى ما على مدين (رِفْقًا) به (لاعَنَتًا) : أى ضرراً ؛ أى لأجل ضرر المدين فلا يجوز (فيُرَدُّ) ما أداه عنه عنتًا . وليس للمؤدى مطالبة على المدين بل يجب منعه عن مطالبته قهراً عنه (كشِرَائِهِ) : أى الدين : أى كما يمنع بشراء دين من ربه عنتًا بالمدين ، ويردّ . فإن فات الثمن بيد بائعه ردّ مثله أو قيمته ، فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته تولى الحاكم قبض الدين من المدين بالمعروف ودفعه للمشترى عنتًا ومنعه من التسلط عليه .

قوله : [رفقاً به]: أى وحيث أدى رفقاً به لزم رب الدين قبوله ، ولا كلام له ولا للمدين إذا كان الطالب له أحدهما ، فإن امتنعا معاً لم يلزم رب الدين القبول فيما يظهر كما فى (عب) .

قوله : [ويرد]: أى يردّ الشراء عنتاً إن علم بائعه بأن المشترى قصد العنت، فلابد من علمهما لدخولهما على الفساد ، فإن لم يعلم رب الدين بذلك فلا رد ولا فساد للبيع لعذره بالجهل وعليه أن يوكل من يتعاطى الدين من المدين، وقيل: الرد مطلقاً علم البائع بتعنت المشترى أولا ، وهو مقتضى شارحنا . ولكن رجح فى الأصل التفصيل .

قوله : [رد مثله] إلخ : أى يرد مثله إن كان مثليًّا وقيمته إن كان مقوماً .

قوله : [بموت رب الدين] : أى سواء كان غير بائع للدين كما فى المسألة الأولى أو بائعاً له كما فى الثانية .

● تنبيه : إن ادعى مدّع على غائب بدين فضمنه إنسان فيما ادعى به ثم حضر الغائب وأنكر فلا يلزم الضامن شىء . ومثل ذلك : لو قال شخص لمدع على منكر : إن لم آتك به لغد فأنا ضامن ولم يأت به لأنه وعد وهو لايقضى به وهذا ما لم يثبت حقه ببينة فى المسألتين وإلا لزم الضامن إن لم يأت به . وهل يلزم الضامن إن ثبت بإقرار المدعى عليه ؟ تأويلان فى المسألة الثانية، وأما الأولى: فإقراره لايوجب على الضامن شيئاً . وقال (بن): الخلاف فى المسألتين ومحل التأويلين إن أقر بعد الضمان وهو معسر وإلا لزمته الحمالة قطعاً وكذلك لايلزم الحق من قال لمدع عليه : أجلنى اليوم فإن لم أوفك غداً فالذى تدعيه علىّ حق ، ولم يوفه . وإنما لم يجعل إقراراً لأن قوله : فالذى تدعيه حق أبطل كونه إقراراً .

● ولما فرغ من أركان الضمان وشروطه، بيّن ما يرجع به الضامن إذا غرم فقال :

● (وَرَجَعَ) الضامن على المدين (بِمَا أدَّى) عنه (ولو مُقَوَّمًا) : لأنه كالمسلف يرجع بمثل ما أدى حتى فى المقوم لا بقيمته حيث كان من جنس الدين (إنْ ثَبَتَ الدَّفْعُ) منه لرب الدين ببينة أو إقرار ربّ الدين .

(وجَازَ له) : أى للضامن (الصُّلْحُ) : أى صلح رب الدين (بِمَا جَازَ للمَدِينِ) أن يصالح به رب الدين فما جاز للغريم أن يدفعه عوضًا عما عليه من

قوله : [ولما فرغ من أركان الضمان] : أى الخمسة التى تقدمت فى التعريف .

وقوله : [وشروطه] : أى التى أخذت من قوله وشرط الدين لزومه ومن قوله ولزم أهل التبرع .

قوله : [على المدين] : مراده بالمضمون ولو صرح به كان أولى ليشمل ضامن الضامن .

قوله : [حيث كان من جنس الدين] : أى كما لو كان الدين خمسة أثواب فأداها الضامن أثواباً فيرجع بمثلها لابقيمتها ، وأما إن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوّم ؛ كما لو كان الدين خمسة محابيب ودفع الضامن خمسة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الأثواب . ورد المصنف بـ « لو » على من قال : يخير إذا دفع الضامن مقوماً من جنس الدين بين دفع مثل المقوم أو قيمته . ومحل الخلاف إذا لم يكن الضامن اشترى ذلك المقوم وإلا رجع بثمنه اتفاقا كما قال ابن رشد ما لم يحاب وإلا لم يرجع بالزيادة .

قوله : [أو إقرار رب الدين] : أى لا بإقرار المضمون . وفى الشامل : ولو دفع الضامن للطالب بحضرة المضمون دون بينة وأنكر الطالب لم يرجع الضامن بشىء لتفريطه بعدم الإشهاد .

قوله : [الصلح] إلخ : اعلم أن فى مصالحة الضامن ربّ الدين خلافاً ؛ فقيل بالمنع مطلقاً ، وقيل بالجواز مطلقاً ، وقيل بالمنع إذا وقع الصلح بمثلىّ مخالف لجنس الدين ؛ فإن كان بمقوم مماثل لجنس الدين أو مخالف جاز . والمصنف مشى على القول بالجواز مطلقاً سواء صالح بمثلى أو بمقوم ، ولكن يستثنى مسألتان من كلامه وسيذكرهما الشارح .

الدين جاز للضامن دفعه له ، وما لا ؛ فيجوز الصلح بعد الأجل عن دنانير جيدة بأدنى منها وعكسه وبأقلّ ، لا قبل الأجل . وكذا الطعام والعروض من سلم ، إلا الصلح عن دنانير حالّة بدراهم وعكسه أو صالح بعد الأجل عن طعام سلم بأدنى أو أجود ، فيجوز للمدين لا للضامن لما فيه من تأخير الصرف وبيع طعام المعاوضة قبل قبضه .

(وَرَجَعَ) الضامن إذا صالح رب الدين على المدين (بالأَقَلِّ مِنْهُ) : أى من الدين (ومِنْ قِيمَةِ ما صَالَحَ بِهِ) حيث كان مقوّماً عن عين ؛ كما لو صالح بثوب أو عبد عن دنانير أو دراهم ؛ فإن صالح عنها بمثلىّ رجع بالأقل من الدين أو مثل المثلى ، فإن صالح بأجود أو أدنى حيث جاز رجع بالأدنى .

قوله : [فيجوز الصلح بعد الأجل] إلخ : شروع فى بيان ما يجوز للمدين ويقاس عليه الضامن إلا فيما سيستثنيه بعد بقوله إلا الصلح إلخ .

قوله : [لاقبل الأجل] : أى فإن فى المصالحة قبل الأجل بأدنى أو أقل ضع وتعجل ، وبأجود أو أكثر : سلفاً جر نفعاً .

قوله : [فيجوز للمدين لاللضامن] : إنما جاز بعد الأجل لرب الدين فقط لأنه صرف ما فى الذمة بالنسبة للأولى وحسن قضاء أو اقتضاء بالنسبة للثانية . وهذا المعنى لايتأتى فى الضامن .

قوله : [لما فيه من تأخير الصرف] : راجع لقوله إلا الصلح عن دنانير .

وقوله : [وبيع طعام المعاوضة قبل قبضه] : راجع لقوله : « أو صلحاً بعد الأجل عن طعام سلم » إلخ . ووجه تأخير الصرف أنه يدفع الدراهم لرب الدين ويطلب الدنانير من المضمون بعد ذلك وعكسه هذا هو الصرف المؤخر بعينه . ووجه بيع الطعام قبل قبضه أن رب الدين ترك طعامه الذى على المدين فى نظير طعام مخالف يأخذه من الضامن قبل أن يقبض طعامه الذى على المدين وهذا بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : [على المدين] : متعلق بقوله « رجع » .

قوله : [كما لو صالح بثوب] : راجع للمقوّم وقوله وعن دنانير راجع للعين .

قوله : [حيث جاز] : أى كما إذا صالح الضامن بدنانير جيدة بعد الأجل عن الأدنى وعكسه .

قوله : [رجع بالأدنى] : أى سواء كان هو الذى خرج من يده أو الذى

ولو صالح بأقل من الدين رجع به وبأكثر رجع بالدين . ولو صالح بمقوَّم عن مقوّم غير جنسه رجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به كما فى المتن بناء على القول بجواز ذلك ، ويظهر من كلامهم أنه الراجح . وكذا قولنا : « فإن صالح عنها بمثلى » إلخ ، فإنه مبنى على القول بالجواز وهو ما فى الكفالة من المدونة كما ذكره ابن عرفة .

(ولا يُطَالَبُ) الضامن : أى ليس لرب الدين مطالبته به (إن تَيَسَّرَ الأخْذُ) لرب الدين (مِن مَالِ المَدِينِ) : بأن كان موسراً غير مُلِدٍّ ولا ظالم ، وهذا هو الذى رجع إليه مالك بعد قوله : رب الدين مخير فى طلب أيهما

صالح عنه . ولا يجوز الرجوع بالأجود ولا بالأكثر ولو كان ذلك الأجود أو الأكثر خرج من يده؛ لأنه إن لم يكن خرج من يده فهو سلف جر نفعاً، وإن كان خرج من يده فلا يلزم المضمون إلا مثل دينه ، والزيادة عليها ظلم ، فالضامن متبرع بها لرب الدين فلا يظلم المديان بها فتأمل .

قوله : [ولو صالح بمقوم] إلخ : هذا مفهوم قوله : حيث كان مقوماً عن عين. وحاصله أنه لو صالحه بمقوم عن مقوم غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين أى من قيمته ؛ لأن الفرض أن الدين مقوم ومن قيمة ما صالح به . فقوله : « كما فى المتن » يعنى به متنه ، أى فإن عبارة المتن فى قوله: « ورجع بالأقل منه ومن قيمة ما صالح به » شاملة للصلح بمقوم عن عين وعن مقوم .

قوله : [رجع بالأقل من الدين أو قيمة ماصالح به] : فإن قيل : ما وجه الفرق بين المقوم والمثلى؟ قيل : إن المقوم — لما كان يرجع فيه إلى القيمة وهى من جنس الدين— والحميل يعرف قيمة سلعته؛ فقد دخل عن القيمة إن كانت أقل من الدين . وإن كانت أكثر فقد دخل على أخذ الدين وهبة الزيادة، بخلاف المثلى لأنه من غير جنس الدين فلا يعرف فيه الأقل من الأكثر لأن الأقل والأكثر لابد من اشتراكهما فى الجنس والصفة فكانت الجهالة فى المثلى أقوى ، فلذلك تعين له الرجوع بالأقل من الدين أو مثل المثلى فتأمل .

قوله : [بعد قوله رب الدين مخير] إلخ : قال (بن) : والقول المرجوع عنه هو الذى جرى به العمل بفاس — وهو الأنسب — بكون الضمان شغل ذمة

شاء (وَلَوْ) كان المدين (غَائِبًا) حيث كان الدين ثابتًا ومال المدين حاضراً يمكن الأخذ منه بلا مشقة .

(إلاَّ أن يَشْتَرِطَ) رب الدين عند الضمان (أَخْذَ أَيِّهِمَا شَاءَ أو) يشترط (تَقْدِيمَهُ) فى الأخذ عن المدين (أو ضَمِنَ) الضامن المدين (فى الحَالاتِ الست) : الحياة ، والموت ، والحضور ، والغيبة ، واليسر ، والعسر ؛ فله مطالبته ولو تيسر الأخذ من مال الغريم .

(القَوْلُ له) : أى للضامن (فى مَلائِهِ) : أى ملاء المدين عند التنازع فى ملائه وعدمه ؛ فلا مطالبة لرب الدين على الضامن ، لأن القول قوله فى ملاء المضمون ، ولا على رب الدين لأنه مقر بعدمه . والذى قاله سحنون واستظهره ابن رشد : أن القول للطالب فله مطالبة الحميل ما لم يثبت ملاء الغريم وتيسر الأخذ منه . قال المتيطى : وبه العمل ؛ أى فيكون هو الراجح وإن استظهر المصنف فى التوضيح أن القول للحميل .

* (وله) : أى للضامن (طَلَبُ المُسْتَحِقِّ) الذى هو رب الحق

أخرى بالحق .

قوله : [فله مطالبته ولو تيسر الأخذ] إلخ : ما ذكره الشارح هو المعتمد وهو ما فى وثائق أبى القاسم الجزيرى وغيره ، خلافاً لابن الحاجب من أن الضامن لا يطالب إذا حضر الغريم مليئاً مطلقاً .

قوله : [ولا على رب الدين] : الصواب أن يقول ولا على المدين لأن رب الدين مقر بعدمه .

قوله : [قال المتيطى وبه العمل] : قال (بن) ونصه : وإذا طلب صاحب الدين الحميل بدينه والغريم حاضر فقال له الحميل : شأنك بغريمك فهو ملىء بدينك ، وقال صاحب الدين : الغريم معدم وما أجد له مالا ، فالذى عليه العمل — وقاله سحنون فى العتبية — أن الحميل يغرم إلا أن يثبت يسر الغريم وملاءه فيبرأ وحلف له صاحب الحق إن ادعى عليه معرفة يسره على إنكار معرفته بذلك وغرم الحميل وله رد اليمين على الحميل ، فإن ردها حلف الحميل وبرئ (اهـ) .

قوله : [طلب المستحق] : أى له إلزامه بأن يقول له ما ذكر .

(بتخليصه) من ربقة الضمان ، بأن يقول له : إذا حل الأجل ولو بموت المدين إما أن تطلب حقك من مدينك أو تسقط عني الضمان .

• (و) له أيضاً كما هو نص المدونة (طلب الغريم) : أي المدين (بالدفع) : أي دفع الدين لربه (عند) حلول (الأجل) لا قبله ؛ وهذا راجع للمسألتين ، إذ قبل حلول الأجل لا مطالبة له على واحد منهما .

(لا) : أي ليس له مطالبة الغريم (بتسليم المال إليه) ليوصله إلى ربه ، وليس على الغريم دفعه له (وضمنه) الضامن (إن اقتضاه) من الغريم ليوصله لربه — سواء طلبه منه أودفعه له الغريم بلاطلب — لكن على وجه البراء منه ، ولو تلف منه بغير تفريط أوقامت على هلاكه ببينة ، لأنه متعد بقبضه بغير إذن ربه . وحيث قبضه على وجه الاقتضاء بغير إذن ربه كان لربه غريمان يطلب أيهما شاء .

(لا) إن (أرسله) المدين (به) : إلى رب الدين فضاع منه فلا ضمان حيث لم يفرط ؛ لأنه صار أميناً بالإرسال . ومثل الإرسال : لو دفعه له على وجه التوكيل عنه في توصيله لربه أو هو إرسال حكماً فلا ضمان على الضامن ولو تنازعا ، فقال الغريم : قبضته مني اقتضاء ، وقال الضامن : بل رسالة أو توكيلا ، فالقول للغريم . وكذا لو انبهم الأمر ؛ كما لو مات الضامن أو غاب . فضمان الضامن في صور ثلاث ،

قوله : [من ربقة الضمان] : بالراء والباء والقاف والتاء الورطة وإضافتها للضمان بيانية .

قوله : [لكن على وجه البراءة منه] : أي لا على وجه الإرسال الآتي .

قوله : [ولو تلف منه بغير تفريط] : أي فيما لا يغاب عليه .

وقوله : [أو قامت على هلاكه بينة] : أي فيما يغاب ، فليس كضمان الرهان بل هو كضمان التعدي .

قوله : [فلا ضمان حيث لم يفرط] : كان مما يغاب عليه أولا .

قوله : [فلا ضمان على الضامن] : أي حيث لم يفرط .

قوله : [فضمان الضامن في صور ثلاث] : أي يكون الضامن غريم الغريم في الصور الثلاث . ومعلوم أن غريم الغريم غريم ، فلرب الدين أن يغرم الأصيل ، وله

فالصور خمسة فقوله : « إن اقتضاه » : أى حقيقة أو حكماً فيشمل الثلاثة .
وقوله : « لا أرسله به » : أى ولو حكماً فيشتمل الصورتين .

• (وعُجِّلَ) الدين (بمَوتِه) : أى الضامن قبل الأجل من تركته إن كان له تركة (ورَجَعَ وَارِثُهُ) : أى وارث الضامن على الغريم (بَعْدَ الأجَلِ أو) بعد (مَوتِ الغَرِيمِ) على تركته (إن تَرَكَه) : أى إن ترك ما يؤخذ منه الدين وإلا سقط .

● ثم شرع فى مبطلات الضمان فقال :

● (وبَطَلَ) الضمان (إن فَسَدَ مُتَحَمَّلٌ بِهِ) : أى الدين المضمون كدراهم بدنانير لأجل وعكسه فلا يلزم الضامن حينئذ شىء .

أن يغرم الضامن نيابة عن المدين كما صرح ، بذلك الركراكى فى شرح مشكلات المدونة . ويفهم من التوضيح : أن رب الحق إذا رجع على الأصيل فللأصيل الرجوع على الكفيل .

قوله : [فالصور خمسة] : أى لأنه إما أن يكون على وجه الاقتضاء ، أو الإرسال ، أو الوكالة عن رب الدين ، أو يتنازع المدين والضامن فى أنه على وجه الاقتضاء أو الإرسال ، أو يموت المدين ، أو الضامن ويعرى القبض عن القرائن الدالة على الاقتضاء أو الإرسال أو الوكالة. وقد علمت أحكامها من الشارح .

● تنبيه : إن كان الضامن وكيلا لرب الدين فى القبض وتلف منه برئ كل من الضامن والغريم إن قامت بينة تشهد على دفع الغريم .

قوله : [أى الضامن] : مفهومه لو مات المدين فإن الحق يعجل أيضاً من تركته فإن لم يترك شيئاً فلا طلب على الضامن حتى يحل الأجل إذ لا يلزم من حلول الدين على المدين حلوله على الكفيل لبقاء ذمته — كذا فى الأصل .

قوله : [وإلا سقط] : أى وإلا بأن مات الغريم وهو معسر سقط ما عليه وضاع على ورثة الضامن .

قوله : [كدرهم بدنانير] إلخ : أى وكبيع سلعة بثمن مؤجل لأجل مجهول أو كان البيع وقت نداء الجمعة وكضمان بجُعْلٍ جُعِلَ لذى جاه على تخليص شىء بجاهه .

قوله : [فلا يلزم الضامن حينئذ شىء] : ظاهره : ولو فات المبيع ولزم المشترى

* (أو فَسَدَت) الحمالة نفسها شرعًا ؛ بأن اختل منها شرط أو حصل مانع فتبطل ؛ بمعنى أنه لا يترتب عليها حكمها من غرم أو غيره فلا يلزم اتحاد المعلق والمعلق عليه . ومثل ذلك بقوله :

* (كبجُعْلٍ) للضامن من رب الدين أو من المدين أو من أجنبى . وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلا ؛ فهو من أكل أموال الناس بالباطل وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة ، فتفسد الحمالة

القيمة أو الثمن ولكن استظهر فى الحاشية أن الضمان فى القيمة أو الثمن .

قوله : [فلا يلزم اتحاد المعلق] إلخ : حاصله : أن قوله : « أو فسدت » عطف على قوله : « فسد ، » فينحل المعنى وبطل الضمان إن فسدت الحمالة . ومعلوم أن الفساد هو البطلان والضمان هو الحمالة ؛ فيلزم اتحاد الشرط والجزاء وهو تهافت . وحاصل الجواب : أن المراد بالبطلان المعنى اللغوى وهو : عدم الاعتداد بالشىء بحيث لا يترتب عليه حكم . وبالفساد : الفساد الشرعى ، وهو عدم استيفاء الشروط . فينحل المعنى وإذا كانت الحمالة فاسدة شرعاً غير مستوفية للشروط كانت غير معتد بها .

قوله : [كبجعل] : إنما فسدت بالجعل للضامن لقوله فى الحديث : « ثلاثة لاتكون إلا لله : الجعل والضمان والجاه ». والحاصل : أن الصور تسع ؛ لأن الجعل : إما للضامن من المدين ، أو من رب الدين ، أو من أجنبى . وإما للمدين من الضامن ، أو من رب الدين ، أو من أجنبى . فيمتنع حيث كان للضامن فى الثلاث ويجوز فيما عداها . إلا أنه إذا كان من أجنبى أو من الضامن للمدين فلا يقيد الجواز بحلول الدين ، بخلاف ما إذا كان من رب الدين للمدين فيشترط حلول أجل الدين ، وإلا أدى لضَعْ وتعجَّلْ ؛ لأن مجىء المدين كالضامن بمنزلة تعجيل الحق — كذا يؤخذ من الحاشية .

قوله : [كان الجعل باطلا] : أى لعدم تمامه وسواء كان من رب الدين أو من المدين أو أجنبى .

وقوله : [وإن أداه] : أى الدين .

وقوله : [ثم رجع به] : أى بالدين .

وقوله : [كان من السلف بزيادة] : أى كان دفعه الدين وأخذه سلفاً

ويرد الجعل لربه . ثم إن كان الجعل من رب الدين للحميل سقطت الحمالة والبيع صحيح ؛ لأن المشترى لا غرض له فيما فعل البائع مع الحميل ؛ كما لو كان الجعل من المدين أو من أجنبى مع علم رب الدين . فإن لم يعلم فالحمالة لازمة وردّ الجعل . وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبى للمدين على أن يأتيه بضامن فإنه جائز. فعُلِمَ أن محل البطلان : إذا كان الجعل من أجنبى للضامن ، إذا علم رب الدين ، وإلا رد ولزمت الحمالة .

* وبالغ على بطلان الضمان بالجعل بقوله :

(وإن) كان الجعل الواصل للضامن (ضَمِنَ مَضمُونه): أى الضامن؛

والزيادة هى الجعل الذى أخذه .

قوله : [سقطت الحمالة] : أى لفساد الجعل .

قوله : [كما لو كان الجعل من المدين] : تشبيه فى سقوط الحمالة مع صحة البيع والمراد بالمدين المشترى وبرب الدين البائع .

قوله : [فإن لم يعلم فالحمالة لازمة] : أى مع صحة البيع أيضاً .

قوله : [وإن كان الجعل من رب الدين] إلخ : هذا هو مفهوم قوله للضامن .

قوله : [إذا كان الجعل من أجنبى] : أى أو من المدين .

قوله : [إذا علم رب الدين] : هذا هو محل البطلان . وحاصل ما فى الشارح: أن الجعل إذا كان للضامن فإنه يرد قولا واحداً ، ويفترق الجواب فى ثبوت الحمالة وسقوطها مع لزوم البيع على كل حال؛ فإن كان الجعل من البائع كانت الحمالة ساقطة لأنها بعوض ولم يصح والبيع صحيح ؛ لأن المشترى لا غرض له فيما فعل البائع مع الحميل . وإن كان الجعل من المشترى أو من أجنبى والبائع غير عالم به فالحمالة لازمة كالبيع . وإن علم البائع سقطت الحمالة والبيع صحيح ــ هكذا قال الشارح. ولكن المنقول عن ابن القاسم : أن البائع بالخيار فى سلعته . وقال محمد : الحمالة لازمة وإن علم البائع إذا لم يكن الحق فى ذلك سبب ، وهذا محصل ما فى (بن) نقلا عن ابن عاصم .

كأن يتداين رجلان دينًا من رجل أو من رجلين ويضمن كل منهما صاحبه فيما عليه لرب الدين إذا دخلا على ذلك بالشرط .

واستثنى من منع ذلك قوله :

(إلا أن يَشْتَرِيَا شَيْئًا) معينًا ؛ كعبد على وجه الشركة بينهما بثمن معلوم ويضمن كل منهما صاحبه فيما عليه فيجوز .

(أو يَسْتَلِمَا) من شخص ما لا (فى شَيْءٍ) معين (بَيْنَهُمَا) وضمن كل الآخر فيما يخصه فيجوز (أو يَقْتَرِضَ) شيئًا من طعام أو عين أو عرض ، ويضمن كل صاحبه فيما عليه ؛ فيجوز (للعَمَلِ) : أى عمل السلف الصالح بذلك — وما عملوا إلا لفهم الجواز من السُّنَّةِ — بشرط أن يضمن كل صاحبه بقدر ما ضمنه الآخر ، حتى لو كان على أحدهما الثلث والآخر الثلثان . جاز إن ضمن ذى الثلث نصف ما على صاحبه من الثلثين وإلا منع .

● (وإن تَعَدَّدَ حُمَلَاءُ) لشخص (وَلَمْ يَشْتَرِطْ) عليهم (حَمَالَةَ بَعْضِهِمْ عن بَعْضٍ اتُّبِعَ كُلٌّ) منهم (بِحِصَّتِهِ فَقَطْ) دون حصة صاحبه . فإذا كانوا ثلاثة ضمنوا إنسانًا فى ثلاثين وتعذر الأخذ منه ، ضمن كل واحد منهم عشرة . ولا يؤخذ بعضهم عن بعض بأن قالوا : نضمنه ، أو : ضمانه

قوله : [ويضمن كل منهما صاحبه فيما عليه] : مثل ذلك مالو ضمن كل لصاحبه رجلا آخر فيما له أو أحدهما ضمن صاحبه فيما عليه والآخر ضمن له الغير فيما له ؛ فالصور الثلاث كلها ممنوعة .

قوله : [فيجوز للعمل] : جواب عن سؤال قائل علة المنع موجودة وهو السلف الذى جر نفعاً .

قوله : [إن ضمن ذى الثلث] : هكذا نسخة المؤلف الصواب : « ذو » بالواو لأنه فاعل ضمن .

قوله : [وإلا منع] : أى رجع لأصله من المنع لأنه خلاف عمل السلف .

قوله : [وإن تعدد حملاء] : أى غير غرماء أما لو تعدد الحملاء الغرماء فسيأتى .

قوله : [دون حصة صاحبه] : مفرد مضاف فهو صادق بالصاحب الواحد والمتعدد .

علينا . وكذا إن تعدد غرماء ولم يشترط (إلاَّ أن يَقُولَ) رب الحق لهم : (أَيُّكُمْ شِئْتُ أَخَذْتُ بِحَقِّي ، فَلَهُ أَخْذُ جَمِيعِ الحَقِّ مِمَّن شَاءَ) منهم ولو كانوا حضوراً أملياء .

(ورَجَعَ الدَّافِعُ) للحق (عَلَى كُلٍّ) منهم (بِمَا يَخُصُّهُ) فقط (إن كَانُوا غُرَمَاءَ) لرب الحق أصالة ؛ كأن اشتروا منه سلعة وضمن كل صاحبه ، بأن قال لهم ما ذكر .

(وإلاَّ) يكونوا غُرماء بل كانوا حملاء على مدين (فَعَلَى الغَرِيمِ) : أى فيرجع الدافع بما أدى لرب الدين على الغريم ، ولا يرجع على أحد من أصحابه ؛ لأن الموضوع أنه لم يشترط حمالة بعضهم عن بعض .

(كَتَرَتُّبِهِم) فى الحمالة ، بأن ضمن كل منهم الغريم بانفراده واحداً بعد

قوله : [وكذا إن تعدد غرماء ولم يشترط] : أى بأن كانوا غرماء فقط ؛ كما إذا اشترى ثلاثة سلعة على كل ثلث ثمنها .

قوله : [إلا أن يقول رب الحق] : هذه المسألة التى تعدد فيها الحملاء من غير ترتيب صورها أربع : أولها : تعددهم ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض ولا أخذ أيهم شاء بحقه ، فلا يؤخذ كل إلا بحصته . ثانيها : اشترط حمالة بعضهم عن بعض ولم يقل : أيكم شئت أخذت بحقى ، فيؤخذ من وجد بجميع الحق إن غاب الباقى أو أعدم أو مات . ثالثها : اشترط حمالة بعضهم عن بعض ، وقال مع ذلك : أيكم شئت أخذت بحقى ، فله أخذ أى واحد منهم بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً مليئاً . وللغارم فى هاتين الصورتين الرجوع على أصحابه أو على الغريم . رابعها : تعدد الحملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض ، وقال : أيكم شئت أخذت بحقى ، فيؤخذ أى واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً مليئاً ، وليس للغارم الرجوع على أحد من أصحابه بل على الغريم . وهذه الأربع حملاء غير غرماء ومثلها فى الحملاء الغرماء : وسيأتى الشارح يصرح بحاصل ذلك .

قوله : [كترتبهم فى الحمالة] : تشبيه فيما إذا كانوا حملاء غير غرماء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال لهم : أيكم شئت أخذت بحقى كما بينه الشارح قبل .

واحد ، أو قال كل منهم : ضمانه علىّ ، أو : أنا ضامن له ، فلرب الحق أخذ حقه ممن شاء منهم ولو كان الجميع حاضرين أملياء ، علم أحدهم بحمالة الآخر أم لا . ورجع الدافع على الغريم بجميع الحق الذى دفعه عنه ، وليس له رجوع على أحد من الحملاء كما هو ظاهر .

• (فإن شَرَطَ ذَلِكَ) : أى حمالة بعضهم عن بعض — وهذا مفهوم قوله « ولم يشترط » إلخ — (أَخَذَ كُلٌّ) من الحملاء (بِهِ) : أى بجميع الحق ، سواء قال : أيكم شئت إلخ ، أو لا . إلا أنه إن قال ، آخذ كلاً ولو حضر الباقى مليئاً (وَرَجَعَ) الدافع على من لقيه من أصحابه (بِغَيْرِ مَا أَدَّى عَنْ نَفْسِهِ (بِكُلٍّ) : متعلق برجع ؛ أى يرجع بجميع (مَا عَلَى المَلْقِىِّ) بفتح الميم وكسر القاف (ثُمَّ سَاوَاهُ) فيما على غيره ممن لم يلقه إذا كان الحق عليهم ، بأن كانوا غرماء ؛ كثلاثة اشتروا سلعة بثلثمائة وشرط البائع حمالة بعضهم عن بعض فإذا لقى أحدهم أخذ منه جميع الحق. ثم إذا لقى الدافع واحداً من صاحبيه أخذ منه ما عليه وهى مائة ، ثم يساويه فى المائة الباقية بأن يأخذ منه أيضاً خمسين ، ثم إذا لقى أحدهما الثالث أخذ منه خمسين . بل (وَلَوْ كَانَ الحَقُّ عَلَى غَيْرِهِم) : بأن كانوا حملاء عن غريم؛ (كَثَلاثَة حُمَلاءَ بِثَلَاثِمائَةٍ) عن غريم اشترط ربها حمالة بعضهم عن بعض (لَقِىَ رَبُّ الحَقِّ أَحَدَهُم أَخَذَ منه الجَمِيعَ)

قوله : [كما هو ظاهر] : أى لكونه لم يكن بعضهم حميلا عن بعض .

قوله : [إلا أنه إن قال] : أى أيكم شئت أخذت بحقى .

وقوله : [آخذ كلا] : أىْ أىّ واحد، بخلاف ما إذا اشترط حمالة بعضهم عن بعض ولم يقل أيكم شئت إلخ فإنه يأخذ جميع الحق ممن وجده إن عدم غيره أو مات كما تقدم .

قوله : [بفتح الميم وكسر القاف] : أى اسم مفعول من الثلاثى وأصله ملقوى كمرمى ومبنى ، اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون قلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وقلبت الضمة كسرة .

قوله : [ثم إذا لقى أحدهما الثالث أخذ منه خمسين] : أى فكل يأخذ منه خمسين فيصير المأخوذ منه مائة هى التى عليه بالأصالة .

أى الثلثمائة (فإن لَقِيَ) الغارم (أحَدَهُمَا أخَذَهُ) بغير ما أدى عن نفسه وهى مائة فيأخذه (بِمائَة) وهى ما على الملقى (ثُمَّ) ساواه فى المائة الثالثة التى على غير الملقى ، فيأخذه (بِخَمْسِينَ) فرق المائة ، فيكون كل منهما قد غرم مائة وخمسين . فإذا ألقى أحدهما الثالث أخذه بخمسين ثم كل منهم يرجع على الغريم بمائة . وقوله « ولو كان » إلخ : أى بناء على تأويل الأكثر . وقد علمتَ من جميع ما تقدم أن تعدد الحملاء فيه ثمانية صور ؛ لأنه : إما أن يشترط حمالة بعضهم عن بعض أو لا ، وفى كل إما أن يقول : أيكم شئت أخذت بحقى أو لا ؛ وفى كل من الأربعة :

إما أن يكونوا حملاء أو غرماء . فإن لم يشترط لم يأخذ كلا إلا بحصته ؛ إذا لم يقل أيكم إلخ . فإن قال ذلك أخذ كلاً بجميع الحق . وإن اشترط فكذلك سواء ،

قوله : [أى بناء على تأويل الأكثر] : أى وأما على تأويل الأقل فيقاسمه فى الثلثمائة على كل مائة وخمسين ؛ لأنه يقول له إذا أديت ثلثمائة أنت حميل معى بها فيأخذ منه مائة وخمسين ، فإذا ألقى أحدهم الثالث قاسمه فيما دفعه وهو المائة والخمسون فيأخذ منه خمسة وسبعين فيرجع الأمر فى المبدأ إلى توافق القولين ، وإنما يختلفان فى المنتهى . وتظهر أيضاً فائدة القولين فيما إذا غرم الأول مائة فأقل لعدم وجود غيرها عنده ، فعلى قول الأكثر لا رجوع له على من لقيه بشىء إذ لا رجوع له بما يخصه ، وعلى قول الأقل : يقاسمه فيما غرمَ . ولو غرم الأول مائة وعشرين لعدم وجود غيرها فعلى قول الأكثر : يأخذ من الملقى عشرة ، وعلى مقابله : يأخذ ستين كذا يؤخذ من الأصل .

قوله : [ثمانية صور] : المناسب ثمان صور .

قوله : [إما أن يكونوا] إلخ : هنا إسقاط إن بعد إما بدليل نصب الفعل .

قوله : [حملاء] : أى فقط .

قوله : [أو غرماء] : أى مع قطع النظر عن كونهم حملاء أو لا .

قوله : [فإن لم يشترط لم يأخذ كلا] إلخ : راجع لقوله أولا وظاهره لا فرق بين كونهم حملاء وغرماء أو حملاء فقط فرجعت لصورتين فإن قال ذلك أخذ كلا بجميع الحق أى كانوا حملاء فقط أو حملاء وغرماء فهاتان صورتان .

قوله : [وإن اشترط فكذلك] : راجع لأول الأقسام وتحتها صور أربع

قال : أيكم شئت أخذت بحقى أو لا ، إلا أنه إذا قال فله أخذ الجميع ولو كان الباقى حاضراً مليئاً . وإذا لم يقل يأخذ جميع الحق إلا عند تعسر الأخذ من الباقى بموت أو غيره . والتراجع قد علم مما تقدم . وهذه الثمانية غير مسألة الترتب .

كالأربع المتقدمة .

قوله : [لم يأخذ جميع الحق] : أى ممن وجده بل يأخذ حصته .

قوله : [بموت أو غيره] : أى وهو العدم والغيبة .

● تنبيه : من ذلك مسألة المدونة — التى أفردها بعضهم بالتأليف — وهى : أن ستة أشخاص اشتروا سلعة بستمائة درهم من شخص على كل واحد منهم مائة بالأصالة والباقى بالحمالة . وقد جمع بعضهم كيفية التراجع فيها على وجه يسهل تناوله على المبتدى فقال : إذا لقى رب الدين الأول أخذ منه ستمائة مائة أصالة وخمسمائة حمالة عن أصحابه الخمسة ، فإذا لقى الأول الثانى غرم له ثلثمائة أصالة ومائتين حمالة عن أصحابه الأربعة عن كل واحد خمسون ، فإذا لقى الأول والثانى الثالث غرم للأول خمسين أصالة وخمسة وسبعين حمالة عن أصحابه الثلاثة عن كل واحد خمسة وعشرون وغرم أيضاً للثانى خمسين أصالة وسبعة وثلاثين ونصفا حمالة عن أصحابه الثلاثة عن كل واحد اثنا عشر ونصف ، فإذا لقى الأول والثانى والثالث الرابع غرم للأول خمسة وعشرين أصالة وخمسة وعشرين حمالة عن صاحبيه عن كل واحد اثنا عشر ونصف وغرم أيضاً للثانى سبعة وثلاثين ونصفاً أصالة وخمسة وعشرين حمالة عن صاحبيه عن كل واحد اثنا عشر ونصف ، وغرم أيضا للثالث سبعة وثلاثين ونصفا أصالة واثنى عشر ونصفاً حمالة عن صاحبيه عن كل واحد ستة وربع ، فإذا لقى الأول والثانى والثالث والرابع الخامس غرم للأول اثنى عشر ونصفها أصالة وستة وربعاً حمالة عن صاحبه وغرم للثانى أيضاً خمسة وعشرين أصالة وتسعة وثلاثة أثمان حمالة عن صاحبه وغرم أيضاً للثالث أحداً وثلاثين وربعاً أصالة وسبعة وستة أثمان ونصف ثمن حمالة عن صاحبه وغرم للرابع أيضاً أحداً وثلاثين وربعاً أصالة وثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن حمالة على صاحبه ، فإذا لقى الأول والثانى والثالث والرابع والخامس السادس غرم للأول ستة وربعاً أصالة وغرم للثانى خمسة عشر وخمسة أثمان أصالة وغرم للثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن أصالة وغرم للرابع سبعة وعشرين

. . . .

وأربعاً وثلاثة أرباع ثمن أصالة وغرم للخامس سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن أصالة ؛ فقد وصل لكل ذى حق حقه والسلام .

وقد ضبطه على هذا الوجه العلامة (شب) فى جدول :

		أصالة	حمالة	أصالة	حمالة	أصالة	حمالة	أصالة	حمالة	أصالة	حمالة	أصالة
زيد	الأول	مائة	خمسمائة									
عمرو	الثانى	مائة	مائتان									
بكر	الثالث	خمسون	خمسة وسبعون	خمسون	سبعة وثلاثون ونصف							
خالد	الرابع	خمسة وعشرون	خمسة وعشرون	سبعة وثلاثون ونصف	خمسة وعشرون	سبعة وثلاثون ونصف	اثنا عشر ونصف					
موسى	الخامس	اثنا عشر ونصف	ستة وربع	خمسة وعشرون	تسعة وثلاثة أثمان	أحد وثلاثون وربع	سبعة وستة أثمان ونصف ثمن	أحد وثلاثون وربع	ثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن			
عيسى	السادس	ستة وربع	.	خمسة عشر وخمسة أثمان		ثلاثة وعشرون وثلاثة أثمان ونصف ثمن		سبعة وعشرون وربع وثلاثة أرباع ثمن		سبعة وعشرون وربع وثلاثة أرباع ثمن		

• ثم شرع فى بيان القسم الثانى من الضمان ، وهو ضمان الوجه فقال :

• (وضَمَانُ الوَجْهِ) هو (التِزَامُ الإتْيَانِ بالغَرِيمِ عِنْدَ) حلول (الأجَلِ وبَرِئَ) من الضمان (بتَسْلِيمِهِ) : أى المضمون (لَهُ) : أى لرب الحق (وإن) كان المضمون (عَدِيمًا) ، لأنه لم يضمن إلا وجهه (أو) كان المضمون (بِسِجْنٍ) : أى فيه بأن يقول له : غريمك فى هذا السجن فشأنك به (أو) سلمه له (بِغَيْرِ البَلَدِ) : أى غير بلد رب الحق أو غير البلد الذى وقع به التعامل والضمان (إن كَانَ بِهِ) : أى بغير البلد (حَاكِمٌ) يقضى بالحق .

• (و) برئ الضامن (بتَسْلِيمِهِ) : أى المضمون نفسه لرب الحق (إن أمَرَهُ) الضامن (بِهِ) : أى بالتسليم بأن قال : اذهب لرب الحق وسلمه

قوله : [وهو ضمان الوجه] : المراد بالوجه الذات وهو مجاز مرسل من إطلاق اسم البعض وإرادة الكل ولا يلزم هذا الضمان إلا أهل التبرع كضمان المال .

قوله : [وبرئ الضمان] : هكذا نسخة المؤلف ولعل من ساقطة والأصل من الضمان .

قوله : [أو كان المضمون بسجن] : فى حيز المبالغة ومحل البراءة بذلك ما لم يشترط رب الدين على الضامن تسليم المضمون بمجلس الحكم وإلا فلا يبرأ بذلك . وبراءته بتسليمه له فى السجن تحصل سواء كان مسجوناً بحق أو باطل لإمكان أن يحاكمه رب الدين عند القاضى الذى حبسه . فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه جرى ذلك مجرى موته وهو يسقط الكفالة وبه العمل قال فى نظم العمليات :

وضامن مضمونه قد حضرا بموضع إخراجه تعذرا
يكفيه ما لم يضمن الإحضار له بمنزل الشرع فتلك المنزله

(اهـ ـ بن) .

قوله : [إن كان به] إلخ : المراد إن كان ذلك البلد الذى أحضر فيه يمكنه خلاص الحق فيه سواء كان بحاكم أو جماعة المسلمين .

قوله : [إن أمره الضامن به] : أى لأنه إذا أمره به وسلم نفسه كان كوكيل الضامن فى التسليم .

نفسك ففعل ، فإن لم يأمره به لم يبرأ (وحَلَّ الحقُّ) فى جميع ما تقدم .

(وإلا) بأن فُقد شىء مما تقدم (أغْرِمَ) الضامن الحق لربه (بعْدَ تَلَوُّمٍ خَفَّ) من الحاكم بالنظر لعلّ الضامن أن يأتى به ومحل التلوم (إن) كان المضمون حاضراً أو (قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ كاليومَيْنِ) لا أكثر ، فإن بعدت غيبته كالثلاثة فأكثر غرم مكانه .

(و) إذا حكم عليه بالغرم بعد التلوم أو بلا تلوم فى بعيد الغيبة فأحضر المضمون (لا يَنْفَعُهُ إحْضَارُهُ بَعْدَ الحُكْمِ) به عليه (لا) يغرم (إن أثْبَتَ عدمَهُ) : أى عسره عند حلول الأجل (فى غَيْبَتِهِ) : أى المضمون . وأما الحاضر فلا بد من تسليمه لرب الحق إذ لا بد فى ثبوت عسره من يمين من شهدت له البينة بالعدم بخلاف الغائب فيكفى مجرد البينة (أو) أثبت (مَوتَهِ) ولو حكم الحاكم بالضمان ، لأنه حكم تبين خطؤه : والمراد ثبت العدم بعد موته قبل الحكم عليه فإن ثبت موته بعد الحكم غرم .

* (وللزَّوْجِ رَدُّهُ) : أى ضمان الوجه عن زوجته إذا ضمنت ، ولو كان دين

قوله : [فإن لم يأمره به لم يبرأ] إلخ : محل عدم براءته إذا سلمه نفسه من غير أمر من الضامن ما لم يقل الضامن : أضمن لك وجهه بشرط أنك إذا قدرت عليه أو جاء بنفسه سقط الضمان عنى ، فإن قال ذلك عمل بشرطه .

قوله : [وحل الحق] : شرط ثان أى فلا يبرأ بما ذكر إلا إذا كان وقت التسليم حل الحق على المضمون ، وسواء حل على الضامن أم لا كما لو أخره رب الحق وحلف أنه لم يقصد بذلك تأخير غريمه ، قاله الأجهورى نقلا عن بعض شيوخه .

قوله : [أغرم الضامن] : أى على المشهور ، خلافاً لابن عبد الحكم القائل إنه لا يلزم ضامن الوجه إحضاره فإن لم يحضره لا غرم .

قوله : [بعد تلوم] إلخ : هذا فى ضامن الوجه ، وأما ضامن المال فهل يتلوم إذا غاب الأصل أو أعدم أو يغرم من غير تلوم قولان لابن القاسم المعتمد الثانى .

قوله : [والمراد ثبت العدم بعد موته قبل الحكم عليه] : صواب العبارة أن يقول : والمراد ثبت عدمه أو موته قبل الحكم عليه إلخ ، فإن هذا التركيب فاسد

المضمون أقل من ثلثها لأنه يقول : قد تحبس أو تخرج للخصومة أو اطلب المضمون وفى ذلك معرة ، وهذا إن ضمنت بغير إذن زوجها ، وإلا فليس له رده . ومثل ضمان الوجه : ضمان الطلب .

● ثم شرع فى بيان القسم الثالث ، وهو ضمان الطلب فقال :

● (وضَمَانُ الطَّلَبِ : التزَامُ طَلَبِهِ) والتفتيش عليه إن تغيب ثم يدل رب الحق عليه و(وإن لَمْ يَأْتِ بِهِ) لرب الحق ، ولذا صح ضمان الوجه فى غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود ، بخلاف ضمان الوجه[1] .

• وأشار إلى صيغته المحققة له ، وأنها إما بصريح لفظه وإما بضمان الوجه مع شرط نفى ضمان المال بقوله :

(كـ : أنا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ) أو علىّ طلبه أو لا أضْمَنُ إلا طلبه (أو اشتَرَطَ نَفْيُ المَالِ) كأن يقول : أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده (أو) قال : (لا أضْمَنُ إلاَّ وَجْهَهُ) : أى دون غرم المال فضمان طلب .

• (و) إذا ضمنه كذلك (طَلَبَهُ بِمَا يَقْوَى عَلَيْهِ) عادة (إن غَابَ) عند حلول الأجل عن البلد وما قرب منه (وعَلِمَ مَوضِعَهُ) . وأما الحاضر

وقوله : فإن ثبت موته : أى أو عدمه ، والمعنى : أن إثبات العدم أو الموت لاينفع الضامن إلا إذا تبين أن حصولهما كان قبل الحكم عليه بالغرم — فتأمل .

قوله : [ولذا صح ضمان الوجه] إلخ : الصواب ضمان الطلب .

قوله : [كالقصاص] : حاصله أن ضمان الطلب — إن كان المضمون فيه مال وفرط الضامن فى الإتيان بالمضمون أو هرّبه — فإنه يغرم ما عليه من المال . وإن كان الضمان فى قصاص أو جرح أو حدّ أو تعزير ترتب على المضمون وفرط الضامن فى الإتيان به أو هربه ، فإنه يعاقب فقط على المذهب . ومقابله : إن لم يأت بالمضمون فى القصاص أو الجرح لزمته الدية .

قوله : [وعلم موضعه] إلخ : أى لما فى التوضيح والمواق نقلا عن ابن القاسم : أن معلوم الموضع إن كان مثل الحميل يقدر على الخروج إليه فى ذلك الموضع كلف بذلك ، وإن ضعف عن ذلك لم يكن عليه أن يخرج .

---

(١) كذا فى الأصل وكان المقام يقتضى المغايرة .

فيطلبه فى البلد وما قاربه إذا جهل موضعه . ومفهوم « وعلم » إلخ : أنه إن غاب ولم يعلم موضعه أنه لا يكلف بالتفتيش عنه، وهو كذلك. فإن ادعى أنه لم يجده صدق.

(وحَلَفَ مَا قَصَّرَ) فى طلبه ولم يعلم موضعه .

• (ولا غُرْمَ) عليه (إلاّ إذَا فَرَّطَ) فى الطلب حتى لم يتمكن رب الحق منه فإنه يغرم ؛ كأن طلبه فى المكان الذى يظن أنه لا يكون به وترك ما يظن أنه به . وأولى إن هرَّبه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه (وحُمِلَ) الضمان (فى مُطلق) قول الضامن : (أنا حَمِيلٌ أو زَعِيمٌ أو كَفِيلٌ وشِبْهِهِ) كـ : أنا ضامن ، أو : على ضمانه ، أو : أنا قبيل ، أو : عندى وإلىَّ وعلىَّ (عَلَى) ضمان (المَالِ ، عَلَى الأصَحِّ) عند ابن يونس وابن رشد وغيرهما .

ومقابله : يحمل على الوجه . والمراد بالمطلق : ما خلا عن التقييد بشىء من لفظ أو قرينة .

قوله : [وحلف ما قصر] : المتيطى : إذا خرج لطلبه ثم قدم وزعم أنه لم يجده برئ وكان القول قوله إذا مضت مدة يذهب فيها للموضع الذى هو فيه ويرجع ، وغاية ما عليه أن يحلف أنه ما قصر فى طلبه ولادلس ولا يعرف له مستقراً وهذا قول ابن القاسم فى العتبية ، وهو مثل قوله فى الأجير على تبليغ الكتاب — كذا فى (بن)

قوله : [كأن طلبه] إلخ : مثال للتفريط .

قوله: [وحمل الضمان فى مطلق] : إلخ حاصله أنه إذا ذكر لفظاً من هذه الألفاظ وقيد بالوجه أو المال أو الطلب أو قامت قرينة على واحد ، انصرف الضمان له ولا كلام . وإن قال أردت الوجه أو غيره فقولان كما فى ابن الحاجب . وإن ادعى أنه لم يرد شيئاً فاختلف هل يحمل على المال أو الوجه ؛ اختار ابن يونس وابن رشد أنه يحمل على المال ، ونقل المازرى أنه يحمل على الوجه ، والمعتمد الأول ، ولذا اقتصر عليه الشارح ويدل له قوله عليه الصلاة والسلام « الحميل غارم والزعيم غارم »[1] .

قوله : [ومقابله] إلخ : هو ما للمازرى .

---

(١) وجدنا فى كنوز الحقائق فى حديث خير الخلائق ، للمناوى قوله : « الزعيم غارم » عند أبى يعلى الموصلى . هكذا غير مخرج .

. . . .

● تنبيه: إن اختلفا بأن قال الضامن : شرطت الرجه أو أردته، وقال الطالب : بل المال ، كان القول قول الضامن بيمين ؛ لأن الطالب يدعى عمارة ذمة الأصل براءتها . وأما لو اختلفا فى وقوع المضمون فيه حالاً أو مؤجلا فالقول قول مدعى الحلول ولو كان هو الطالب اتفاقاً ، بخلاف اختلافهما فى حلول المؤجل ، فالقول قول مدعى عدمه .

باب

فى بيان الشركة وأحكامها وأقسامها

وهى بكسر الشين المعجمة وسكون الراء وبفتح الأولى وكسر الثانية وفتح فسكون لغة : الاختلاط . وشرعًا ، ما أشار له بقوله :

● (الشَّرِكَةُ . عَقْدُ مالِكَىْ مالَيْنِ) ومالكى : تثنية مالك ، وقوله : (فأكْثَرَ) : أى أكثر من مالك كثلاثة (على التَّجْرِ) متعلق بعقد (فِيهِمَا) أى فى المالين (مَعًا) : أى مع أنفسهما أى كل منهما يتاجر فى المالين مع صاحبه ولو كان كل واحد فى مكان منعزل عن الآخر ؛ لأن ما يحصل من ربح أو خسر

باب :

لما أنهى الكلام على ما أراد من مسائل الضمان شرع فى الكلام على الشركة لأنها تستلزم الضمان فى غالب أقسامها ، والمراد بالشركة : تعريفها .

قوله : [وأحكامها] : أى مسائلها المتعلقة بها .

وقوله : [وأقسامها] : أى الستة ، وهى : المفاوضة ، والعنان ، والجبر ، والعمل ، والذمم ، والمضاربة — وهى القراض — وذكرها مرتبة هكذا .

قوله : [وهى بكسر الشين] إلخ : هذه اللغة الأولى أفصحها .

قوله : [تثنية مالك] : أى فأصل مالكى مالكين لمالين حذفت النون للإضافة واللام للتخفيف .

قوله : [أى أكثر من مالك] : صوابه أكثر من مالكين أى وأكثر من مالين إلخ فقوله كثلاثة أى كثلاثة مالكين لأموال ثلاثة .

قوله : [أى كل منهما يتاجر فى المالين] إلخ : أى فصب المعية على التجر : أى فهما متحدان فى التجر فى المال ولو كان كل واحد فى مكان منعزل عن الآخر كما قال الشارح ، وليس المراد خصوص المعية فى المكان .

قوله : [لأن ما يحصل من ربح] إلخ : تعليل للمعنى المبالغ عليه بقوله

يكون بينهما . وخرج بذلك الوكالة والقراض من الجانبين ؛ إذ كل واحد منهما يتصرف فيما بيده للآخر استقلالا ، والشركة وقع فيها العقد على أن كل واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معًا .

وهذا إشارة إلى النوع الأول من الشركة ، وهو شركة التجر .

● وأشار إلى النوع الثانى : وهو شركة الأبدان بقوله :

● (أو) عقد (عَلَى عَمَلٍ) : كخياطة أو حياكة (بَيْنَهُمَا ، والرِّبْحِ) فى النوعين (بَيْنَهُمَا) على حسب ما لكل أو عمله (بِمَا يَدُلُّ عُرْفًا) فلا يشترط صيغة مخصوصة بل المدار على ما يحصل به الإذن والرضا من الجانبين . وهذا التعريف قصد به تعريف الشركة المعهودة بين الناس فى التعامل ، لا شركة الجبر كالإرث والغنيمة وشركة المتبايعين شيئًا بينهما .

« ولو كان كل واحد » إلخ .

قوله : [وخرج بذلك الوكالة والقراض] : أى بقوله معاً .

وقوله : [من الجانبين] : عائد على كل من الوكالة والقراض ، وأما من جانب فقد خرجا بقوله على التجر فيهما .

قوله : [وهو شركة التجر] : أى فى الأموال .

قوله : [على عمل] : معطوف على « التجر » مسلط عليه « عقد » مع ملاحظة تجريد فاعل العقد الأول عن وصفه بالملكية للمالين بأن يزاد منه شخصان فأكثر ، ويصير المعنى هكذا : أو عقد شخصين فأكثر على عمل إلخ .

قوله : [بما يدل عرفاً] : حاصله أنها تلزم بكل مادل عرفاً سواء كان قولا فقط أو فعلا فقط وأولى إذا اجتمعا .

قوله : [لا شركة الجبر كالإرث] إلخ : أى فشركة الإرث والغنيمة وشركة المتبايعين شيئاً لا يقال لها شركة عرفاً ، وإن كانت شركة لغة . وشركة الجبر الخارجة غير شركة الجبر الآتية — التى هى أحد الأقسام الستة ؛ فإنها معدودة فى الشركة العرفية كما يأتى .

قوله : [شيئاً بينهما] : أى حصل لهما من غير تجر .

* (ولَزِمَت بِهِ) : أى بما يدل عليها من صيغة لفظية أو غيرها لفظية كـ : شاركنى ، فيرضى الآخر بسكرت أو إشارة أو كتابة فليس لأحدهما المفاصلة قبل الخلط إلا برضاهما معًا على المشهور المعوّل عليه .

● فأركانها ثلاثة :

● العاقدان ، والمعقود عليه — وهو المال — والصيغة .

ثم بين الشروط المتعلقة بها فقال :

● (وصِحَّتُهَا) : أن تقع (مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ) : وهو الحر البالغ الرشيد الذى يصح منه التوكيل والتوكل ؛ فلا يصح من عبد إلا بإذن سيده أو كان مأذونًا

قوله : [ولزمت به]: لزومها بما يدل عليها ، قاله ابن يونس وعياض وهو مذهب ابن القاسم . ومذهب غيره أنها لاتلزم إلا بخلط المالين انضم لذلك صيغة أم لا. ثم إن ظاهر قوله : « ولزمت به» إلخ ولو كانت شركة زرع وهو أحد قولين. والآخر : لا تلزم إلا بالعمل المخصوص الذى هو البذر ونحوه كما يأتى. الأول لسحنون والثانى لابن القاسم .

قوله : [فأركانها ثلاثة]: أى إجمالا ، وأما تفصيلا فخمسة : اثنان فى العاقد واثنان فى المعقود عليه والصيغة .

قوله : [وهو الحر] إلخ : المراد الحر حقيقة أو حكماً ليدخل المأذون له فى التجارة ، فإن شركته صحيحة ولو شارك بغير إذن سيده كما أفاده الشارح .

قوله : [الذى يصح منه التوكيل والتوكل] : أى إنما تصح ممن كان متأهلا لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره؛ لأن العاقدين للشركة كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه ، فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له أن يشارك ومن لا فلا .

قوله : [فلا يصح من عبد] إلخ : فلو اشترك عبد غير مأذون له مع حر ثم خسر المال أو تلف رجع سيد العبد على الحر برأس المال إن استقل الحر بالعمل ، لا إن عملا معاً فلا رجوع للسيد على الحر . وإن عمل العبد وحده فلا ضمان عليه للحر ، إلا أن يغر العبد الحر بحريته فتكون خسارة مال الحر جناية فى رقبة العبد الذى عمل ، فإن كانا عبدين فلا ضمان على كل واحد منهما سواء عملا معاً أو أحدهما .

من قبل فى التجارة . قال فى التوضيح : وكذا غيره من المحجور عليهم .

(بذَهَبَيْنِ) متعلق بصحتها : أى أخرج هذا ذهبًا والآخر ذهبًا ولو اختلفت السكة (أو وَرِقَيْنِ) : بأن أخرج هذا ورقًا والآخر ورقًا مثله (إن اتفَقَا) : أى الذهبان أو الورقان (صَرفًا) وقت العقد ، لا إن اختلفا فيه كيزيدية ومحمدية مختلفى الصرف (وَوَزْنًا) لا إن اختلفا فيه كصغار من جانب وكبار من الآخر (وَجَوْدَةً أو رَداءَةً) لا نحو يزيدية ومحمدية ولو اتفق الصرف فيهما ولو من الربح لصاحب الكبار أو الجيدة بقدر صرفها لأنه يرجع للتقويم فى العين والعين لا تقوم . ولا تصح بتبر ومسكرك ولو ساوت جودة التبر سكةَ المسكرك للعلة المتقدمة .

والحاصل : أن الشركة فى النقد يشترط فيها الاتفاق فى الأمور الثلاثة لتركبها من البيع والوكالة . فإن اختلفا فى واحد منها فسدت الشركة . وعلته فى اختلاف

وينبغى أن يكون الحكم كذلك إذا اشترك صبى مع بالغ أو مع صبى أو اشترك سفيه مع مثله أو مع رشيد ، إلا أنه لا يجرى فى الصغير والسفيه كونها جناية فى رقبته وهو ظاهر انظر (عب) نقله محشى الأصل .

قوله : [وكذا غيره من المحجور عليهم] : تشبيه فى حكم العبد .

قوله : [ولو اختلفت السكة] : أى فلا يضر كون أحد الذهبين سكته محمدية والآخر يزيدية مع فرض اتفاقهما فى الجودة .

قوله : [وقت العقد] : أى فلا يضر الاختلاف فى الصرف بعد العقد .

قوله : [مختلفى الصرف] : أى فمتى اختلف صرفهما منع ولو اتحدا وزنًا وجودة .

قوله : [كصغار من جانب وكبار من الآخر] : أى وقوبل عدد الصغار بعدد الكبار مع إلغاء الوزن . وأما لو كان التعامل بالوزن وقوبلت أربعون من الصغار بوزن عشرين من الكبار لجاز . وهذا هو الذى يستدرك عليه بقوله : « لكن قد يقال » إلخ. قال فى المجموع : لا بصغار وكبار إلا أن يتبع الصرف الوزن فتأمل .

قوله : [ولو من الربح] إلخ : هكذا نسخة المؤلف ، والمناسب : ولو جعل من الربح إلخ .

قوله : [فى الأمور الثلاثة] : أى التى هى الاتحاد فى الوزن والصرف والجودة والرداءة .

صرفهما : التفاوت إن دخلا على إلغاء الزائد ، والرجوع للتقويم فى النقد إن دخلا على اعتباره . والعلة فى اختلاف الوزن : بيع نقد بنقد متفاضلا ، وفى اختلافهما بالجودة والرداءة : دخولهما على التفاوت فى الشركة إن عملا على الوزن لا القيمة ، وإن دخلا على القيمة فقد صرفا النقد للقيمة ، وذلك يؤدى إلى بيع النقد بغير معياره الشرعى الذى هو الوزن . لكن قد يقال : لو أخرج أحدهما عشرين ديناراً كاملة أو عشرين ريالا كذلك وأخرج الثانى أربعين نصفاً والصرف متحد - بأن كان صرف الدينار عشرة دراهم وصرف النصفين كذلك والوزن والجودة أو الرداءة متحدان لم يظهر للمنع وجه .

• (و) تصح (بِهِمَا) : أى بالذهب والفضة معاً (مِنْهُمَا) : أى الشريكين - بأن أخرج أحدهما دنانير ودراهم كعشرة دنانير وعشرة دراهم وأخرج الثانى مثله - فتصح وتعتبر مساواة ذهب كل وفضته لذهب وفضة الآخر فى الأمور الثلاثة المتقدمة .

(و) تصح (بِعَيْنٍ) من جانب (وبعَرْضٍ) من الآخر (وبعَرْضَيْنِ) من كل جانب عرض (مُطْلَقًا) اتفقا جنساً أو اختلفا ، كعبد وحمار أو ثوب ؛ ودخل فيه طعام من جهة وعرض من أخرى .

قوله : [التفاوت] : أى ويأتى أنها تفسد بشرط التفاوت .

قوله : [والرجوع للتقويم] إلخ : أى لأنهم قد صرفوا النقد للقيمة وذلك يؤدى إلى بيع النقد بغير معياره الشرعى الذى هو الوزن فى بيعه بجنسه .

قوله : [بيع نقد بنقد] : أى من نوعه وهو لايجوز .

قوله : [دخولهما على التفاوت فى الشركة] : أى وهو مفسد .

قوله : [لم يظهر للمنع وجه] : قد علمت صحة ذلك .

قوله : [فى الأمور الثلاثة المتقدمة] : أى اتحاد الصرف والوزن والجودة والرداءة .

قوله : [ودخل فيه طعام من جهة] : أى فالمراد بالعرض ما قابل العين فيشمل الطعام .

(واعتُبِرَ كلٌّ) من العرضين أو العرض مع العين (بالقيمةِ يومَ العقدِ) كالشركة فى العين مع العرض بالعين وقيمة العرض ، فإن كانت قيمته قدر العين فالشركة بالنصف وإن كانت قدرها مرتين فبالثلث والثلثين ،وفى العرضين بقيمة كل فإن تساويا فبالنصف وإن تفاوتا فبحسب كل (إن صَحَّت) الشركة . فإن فسدت — كما لو وقعت على التفاضل فى الربح أو العمل — فلا تقويم ورأس مال كل ما بيع به عرضه إن بيع وعرف الثمن ، لأن العرض فى الفاسدة لم يزل على ملك ربه فإن بيع ولم يعرف ثمن كل اعتبر قيمة كل وقت البيع . وهذا معنى قوله : (وإلا) بأن فسدت (فيَومَ البَيْعِ): أى فتعتبر قيمته يوم البيع حصل

قوله : [واعتبر كل من العرضين] : أى وهى المسألة الثانية .

وقوله : [أو العرض مع العين] : أى وهى المسألة الأولى .

قوله : [فى العين مع العرض] : صفة للشركة وقوله : « بالعين خبر الشركة

وقوله : [وقيمة العرض] معطوف على العين . والمعنى أننا ننظر للعين مع قيمة العرض كما وضحه بالتفريع بعد .

قوله : [إن صحت الشركة] قيد فى اعتبار القيمة يوم العقد بالنسبة للعرض مع العين أو العرضين .

قوله : [كما لو وقعت على التفاضل فى الربح] : كما لو تساويا فى المال وشرط لأحدهما ثلثا الربح .

وقوله : [أو العمل] : أى كما تساويا فى المال والربح وجعل على أحدهما ثلثا العمل .

قوله : [ما بيع به عرضه] : ما قاله الشارح مفروض فى العرضين فقط . وأما الصورة الأولى — وهى عين من جانب وعرض من آخر — فيقال فيها : إذا فسدت إن اطلع على ذلك قبل التصرف فى العرض والعين كان لهذا عينه ولهذا عرضه ، وإن تصرف فى العين والعرض بشىء آخر ، فإن علم ما لكل فهو له ، وإن جهل ؛ نظر لقيمة العرض يوم البيع ، وأخذ من هذا العرض لصاحب العرض بقدرها ولمثل الدراهم يوم البيع ، وأخذ له بقدرها ويفضّ الربح أو الخسر عليهما على حسب كل ، فتأمل .

خلط أو لا ؛ لأنه وقت الفوات . وهذا ظاهر فيما إذا بيع فإن لم يبع أخذ كل عرضه . وفيما إذا لم يعلم ثمن ما بيع به فإن علم أخذ ثمن عرضه المعلوم .

(كَالطَّعَامَيْنِ) : فإنها فاسدة كما يأتى وتعتبر فيهما القيمة يوم البيع إن بيع (قَبْلَ الخَلْطِ) ولم يعلم الثمن الذى بيع به ، فإن بيع بعد الخلط اعتبرت القيمة فيهما يوم الخلط ، لأنه وقت الفوات وفضّ الربح على القيم وكذا الخسر.

• (لا) تصح الشركة (بِذَهَبٍ) من جانب (وبِوَرِقٍ) من الجانب الآخر ولو عجل كل منهما ما أخرجه لصاحبه لاجتماع الشركة والصرف ، فإن

قوله : [وفيما إذا لم يعلم] إلخ : المناسب تقديمه على قوله: « فإن لم يبع » إلخ. بأن يقول : وهذا ظاهر فيما إذا بيع ولم يعلم ثمن ما بيع به فإن لم يبع إلخ .

قوله : [كالطعامين] : تشبيه فى الفاسد لاغير فإنها فى الطعامين فاسدة على كل حال لقوله الآتى : « ولا تصح بطعامين » إلخ .

قوله : [اعتبرت القيمة فيهما يوم الخلط] : قال الناصر اللقانى : الفرق بين خلط الطعامين وخلط العرضين أن خلط العرضين لايفيتهما لتميز كل واحد منهما ، بخلاف خلط الطعامين فيفيتهما لعدم تميز أحدهما من الآخر فهو بمنزلة بيع العرضين فى الفوات (انتهى) وانظر : إذا لم يعلم يوم البيع فى فاسد العرض والطعام حيث لم يحصل خلط أو جهل يوم الخلط ما الحكم ؟ قال (شب) : والظاهر أنه يعتبر يوم القبض كما هو قاعدة البيع الفاسد — وانظر إذا لم يعلم يوم القبض .

قوله : [لاجتماع الشركة والصرف]: فالشركة — من جهة — بيع كل منهما بعض مال الآخر بقطع النظر عن كون أحد المالين ذهباً والآخر فضة ، والصرف — من جهة — بيع أحدهما بمال الآخر منظور فيه لخصوص كون أحد المالين ذهباً والآخر فضة ؛ فآل الأمر إلى أن بيع الذهب بالفضة هو الشركة والصرف لكنهما مختلفان بالاعتبار كما علمت . قال ابن عبد السلام : احتجاجه فى المدونة على المنع بهذا التعليل غير بين ؛ لأن العقود المتضمنة للشركة إنما يمنع من صحتها إن كانت تلك العقود خارجة عن الشركة ، فإن كانت غير خارجة عنها لم تكن مانعة . وأجيب: بأن هذا فى العقود المغايرة للصرف، وأما هو فمتى انضم للشركة اقتضى منعها ، وإن كان غير خارج عنها لضيقه وشدته (اه .

عملا فلكل رأس ماله الذى أخرجه ويفض الربح لكل عشرة دنانير دينار مثلا ، ولكل عشرة دراهم درهم .

(ولا تصح بطَعَامَيْنِ) اختلفا جنسًا أو صفة بل (وإن اتَّفَقَا) قدراً وصفة ، خلافًا لابن القاسم فى جواز المتفقين . وعللوه ببيع الطعام قبل قبضه لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام الآخر ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد على ما باع . فإذا باعا لأجنبى كان كل منهما بائعًا لطعام المعاوضة قبل قبضه من بائعه .

● ولما قدم أن الشركة تلزم بالعقد ، فليس لأحدهما المفاضلة دون الآخر قبل النضوض ، بيَّن أنّ الضمان إذا تلف أحد المالين أو بعضه لا يحصل إلا بخلطهما ولو حكما بقوله :

(وما تَلِفَ) من مال الشركة (قَبْلَ الخَلْطِ) الحقيقى — (وَلَو) الخلط (الحُكْمِيِّ — فَمِن رَبِّهِ) دون صاحبه ؛ أى لا يترقف الضمان منه على الخلط الحقيقى ، بل على عدمه حقيقة أو حكمًا . والحكمى : أن يكون كل مال فى صرة على حدة وجعلا فى حوز واحد كصندوق أو خزانة تحت أحدهما أو أجنبى (إن كان) مال الشركة (مثليًّا) كعين .

ملخصاً من — بن) .

قوله : [لبقاء يد كل واحد على ما باع] : أى لأن كل واحد صار شريكاً فيما قبضه من صاحبه وفيما دفعه له ، فيد كلٍّ جائلة فى مال كل ، ولو حاز كلٌّ بالخصوص حصة الآخر فلا يعد ذلك الحوز قبضاً لنفسه ، بل كل قابض لنفسه ولشريكه .

قوله : [ولو الخلط الحكمى] : هذا قول ابن القاسم . وردّ المصنف بـ « لو » على قول غيره فى المدونة : لايكون الخلط إلا بخلط المالين حسًّا .

قوله : [منه] : أى من رب التالف ، والمعنى أن : رب التالف يستمر الضمان عليه وحده ما دام لم يحصل خلط حقيقى ولاحكمى ، فإن حصل الحقيقى أو الحكمى كان الضمان عليهما وفى عبارة المتن والشارح تعقيد لايخفى .

قوله : [على الخلط] : أى على عدمه فالكلام على حذف مضاف .

(وإلا) بأن حصل التلف بعد الخلط ولو حكمًا أو كان المال عرضًا (فَمِنْهُمَا) الضمان معًا ، ولا يختص برب المال ، فالعرض لا يشترط فيه الخلط كما قيد اللخمى به المدونة ، ثم إذا تلف شيء قبل الخلط — وقلنا ضمانه من ربه فقط — فالشركة لم تنفسخ لما علمت أنها لازمة بالعقد .

(و) يكون (ما اشْتُرِيَ بالسَّالِمِ فَبَيْنَهُمَا) على ما دخلا عليه من مناصفة أو غيرها (وعلى رَبِّ المُتْلَفِ) بفتح اللام أى المال التالف (ثَمَنُ حِصَّتِهِ) : أى ثمن ما يخصه من الشركة نصفًا أو أقل أو أكثر .

(إلاّ أن يَشْتَرِيَ) رب السالم بماله السالم (بَعْدَ عِلْمِهِ) بالتلف : أى تلف مال صاحبه (فَلَهُ) الربح (وعَلَيْهِ) الخسر إلا أن يختار مَن تلف ماله الدخول معه ، فله الدخول ، إلا أن يدعى المشترى الأخذ لنفسه فلا دخول له معه. فمحل كونه بينهما لزوماً إذا لم يعلم بالتلف. وهذا على تأويل عبد الحق وابن يونس ، وتأولها ابن رشد ، على أن رب السالم إن اشترى قبل علمه بالتلف كان الخيار بين إدخال صاحبه معه أو يختص به . وإن اشترى بعد علمه بالتلف اختص به وكان له الربح وعليه الخسر. والتأويل الأول أظهر للزومها بالعقد . وكان ابن رشد تأولها على مذهبه من أن الشركة من العقود الجائزة لا اللازمة فلكل منهما ن يفك عن نفسه ما لم يحصل عمل ، فتأمل . وقول الشيخ: « وهل » إلخ لا يؤخذ على ظاهره فإنه خلاف النقل . وقوله « تردد » حقه : تأويلان كما بينه شراحه ،

* (ولا يضر انفِرَادُ أحَدهما) : أى الشريكين (بِشَيْء) من مال

قوله : [فبينهما]: قرنه بالفاء لما فيهما من العموم ، لأن المبتدأ إذا كان عامًّا فإنه يجوز اقترانه بالفاء .

قوله : [أى ثمن ما يخصه] : أى فإذا اشترى بالسالم سلعة بمائة فعلى الذى تلف ماله نصف المائة حيث كانت الشركة على المناصفة .

قوله : [لايؤخذ على ظاهره] إلخ : حاصله أن خليلا قال : وهل إلا أن يعلم بالتلف فله وعليه ؟ أو مطلقاً إلا أن يدعى الأخذ له ؟ تردد فكلامه يوهم خلاف المراد من التأويلين وقد علمت المراد منهما .

قوله : [ولا يضر انفراد أحدهما] : أى خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى

الشركة يتجر فيه (لِنَفْسِهِ) : أى على حدة فى مكان آخر فى البلد أو فى بلد آخر ، على أن ما حصل من ربح فى كل فهو بينهما على ما دخلا عليه .

● (ثم) الشركة قسمان : شركة مفاوضة وشركة عنان .

ويترتب على كل منهما أحكام فأشار إلى الأولى بقوله :

(إن أَطْلَقَا) : أى أطلق كل واحد (التَّصَرُّفَ ، وإن) كان الإطلاق (بِنَوعٍ) أى فى نوع خاص — كالرقيق لصاحبه بالبيع والشراء والأخذ والعطاء دون توقف على إذن الآخر (فَمُفَاوَضَةٌ) : أى فهى شركة مفاوضة ، لأن كل واحد فوض لصاحبه التصرف .

إلا أنه إذا لم يقيد بنوع تسمى مفاوضة عامة ، وإذا خصت بنوع سميت مفاوضات خاصة أى بنوع الذى أطلق التصرف فيه .

* (وَلَهُ) : أى لأحد المتفاوضين (التبَرُّعُ) : فى مال الشركة بغير إذن شريكه بشيء كهبة وحطيطة لبعض ثمن بالمعروف (إن استَأْلَفَ بِهِ) : أى بالتبرع قلوب الناس للتجارة (أو خَفَّ) المتبرَّع به (كإعَارَةِ آلةٍ) : كحبل ودلو وإناء (ودَفْعِ كِسْرَةٍ) لفقير .

(و) له أن (يُبْضِعَ) من مال الشركة ، بأن يعطى إنسانًا مالاً منه ليشترى له بضاعة من بلد كذا .

فسادها مطلقاً تساويا فى عمل الشركة أولا .

قوله : [ثم الشركة قسمان] : أى المشهورة المعهودة بين الناس وإلا فتقدم أنها ستة أقسام .

قوله : [إن أطلقا] : اعلم أن إطلاق التصرف إما بالنص عليه أو بالقرينة ، وأما لو قالا : اشتركنا فقط ، وليس هنا قرينة — ولا تقييد بعنان ولا مفاوضة — احتاج كل لمراجعة صاحبه وكانت عناناً .

قوله : [فمفاوضة] : أى تسمى بذلك ، وهى بفتح الواو : من تفاوض الرجلان فى الحديث إذا شرعا فيه .

قوله : [أو خف المتبرع به] : أى وإن لم يكن للاستئلاف .

(ويُقَارِضَ) : بأن يعطى مالا لغيره قراضًا حيث اتسع المال وإلا منع .

(ويُودِعَ) وديعة منه (لعُذرٍ) اقتضى الإيداع (وإلاَّ) يكن الإيداع لعذر (ضَمِنَ) إن ضاعت الوديعة .

(و) له أن (يُشَارِكَ فى) شىء (مُعَيَّنٍ) أجنبيًّا حيث لا تجول يده فى مال الشركة .

(و) أن (يَقْبَلَ المَعِيبَ) : إذا باعه هو أو شريكه ثم رد بالعيب (وإن أبَى الآخرُ) . (و) له أن (يُقِرَّ بدَيْنٍ) عليه من مال الشركة (لِمَنْ لا يُتَّهَمُ عَلَيهِ) ، ويلزم شريكه الآخر ، لا لمن يتهم عليه ؛ كابن وزوجة وصديق ملاطف فلا يلزم صاحبه .

قوله : [بأن يعطى مالا لغيره قراضاً] : أى بجزء من الربح شركة .

قوله : [حيث اتسع المال] : راجع لمسألة الإبضاع والقراض .

قوله : [وله أن يشارك فى شىء معين] : ظاهره كانت الشركة فى ذلك المعين مفاوضة أو غيرها ، وهو كذلك كما قاله (ر) .

قوله : [فى مال الشركة] : متعلق بتجول وهو على حذف مضاف أى : فى باقى مال الشركة .

قوله : [وأن يقبل المعيب] إلخ : أى لأن كلاًّ من وكيلى المفاوضة كوكيل عن صاحبه فى البيع والشراء والأخذ والعطاء ، فيرد على حاضر لم يتول ، إن بعدت غيبة شريكه بأن كان على مسافة عشرة أيام مع الأمن أو يومين مع الخوف ، وإلا انتظر ليرد عليه لجواز أن يكون له حجة ، ولايخفى ما فى كلام الشارح من الإجمال ، وقد علمت تفصيله تأمل .

قوله : [وله أن يقر بدين] : أى فى حال المفاوضة قبل التفرق وقبل موت شريكه ، وأما إن أقر بعد تفرق أو موت فهو شاهد فى غير نصيبه .

قوله : [فلا يلزم صاحبه] : أى وأما هو فيؤخذ به فى ذمته مفهوم بدين أنه لو أقر أن هذه السلعة ليست من سلع التجارة ، بل وديعة لفلان فإنه يصدق بالأولى من الإقرار بالدين ، وهذا واضح إذا شهدت بينة بأصل الوديعة وإلا كان تعيينه للوديعة كإقراره بها ، وحكمه أنه يكون شاهداً سواء حصل تفرق أو موت أولا .

(و) له أن (يَبِيعَ) سلعة من مال الشركة (بِدَيْنٍ) : أى بثمن لأجل معلوم .

* (لا) يجوز له (الشِّرَاءُ بِهِ) : أى بالدين . لأنه إذا اشترى بدين فى ذمته للشركة من غير إذن شريكه ، لم يكن لصاحبه شىء من ربحها ولا عليه شىء من خسارتها ؛ لأنهما من شركة الذمم وهى لا تجوز ، لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن أو يغرم ما ليس عليه ، لأن ضمان الدين من المشترى وحده . فإن أذن له فى سلعة معينة جاز ، لأنه صار بالإذن له وكيلا عنه فيما يخصه ، فكانا بمنزلة رجلين اشتريا سلعة بينهما بدين فإنه جائز قطعاً . ثم إن اشترط البائع ضمان كل عن صاحبه جاز له أخذ الثمن من أيهما شاء ، وإن لم يشترط لم يلزم كل واحد منهما إلا ما يخصه ، وقد تقدم هذا . فعلم أن محل المنع إذا اشترى أحد الشريكين بدين فى ذمته بلا إذن صاحبه . وأصله للخمى ، لكنه قيد المنع بما إذا طال الأجل لا إن كان كاليومين والثلاثة لأنه من ضرورات البيع والشراء ، وإذا مُنع لطول الأجل فصاحبه له الخيار فى القبول والرد ؛ فإن رد اتبع المشترى خاصة بالثمن وعبارته فى التبصرة : ولا يشترى بثمن مؤجل ، فإن فعل — وكان بغير إذن شريكه —

قوله : [بدين] إلخ : فإن باع بالدين وفلس المشترى ، أو مات بعد ما ضاع الثمن عليهما معاً لا على البائع وحده ، لأنه فعل ابتداء ما يسوغ له .

قوله : [لأنهما من شركة الذمم] : هكذا فى نسخة المؤلف ، والمناسب : « لأنها » وهى عبارة الأصل .

قوله : [لئلا يأكل شريكه] إلخ : هذا راجع للأولى التى هى الربح .

وقوله : [أو يغرم ما ليس عليه] : إلخ راجع للثانية التى هى الخسارة .

قوله : [وقد تقدم هذا] : أى فى باب الضمان .

قوله : [وأصله للخمى] إلخ : قصد بهذه العبارة التورك على المتن ، حيث مشى على كلام اللخمى ولم يذكر تقييده .

قوله : [وإذا منع لطول الأجل] : أى إذا قلتم بحرمة قدوم الشريك على الشراء بالدين مع طول الأجل فصاحبه له الخيار .

قوله : [وعبارته] : أى اللخمى لأن التبصرة له .

فالشريك بالخيار بين الرد والقبول فيكون الثمن على المشترى خاصة ، ثم قال : ويجوز لأحد الشريكين أن يشترى ما لا يكون ثمنه معه على النقد بعد اليومين والثلاثة ، وهذا مما لا بد منه ، ثم الذى مشى عليه ابن الحاجب : أنه يجوز له البيع والشراء بالدين أى نظراً لأن المفاوضة إذن بالشراء مطلقًا وإن لم يصرح بالإذن عند الشراء ، وهو قول ابن رشد. وظاهر المدونة فى قولها : وما ابتاع أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد لزم الآخر ويتبع البائع بالثمن أو القيمة فى فوت الفاسد أيهما (اهـ) ، وهو شامل للشراء بالنقد وبالدين ، وإنما يظهر التعليل بشركة الذمم فى شركة العنان لا المفاوضة .

وأصل شركة الذمم الممنوعة عند مالك وأصحابه : أن يتفق اثنان مثلا على أن كل من اشترى منهما سلعة بدين يكون الآخر شريكًا له فيها .

وحاصل ما ذكره الشارح أن أحد شريكى المفاوضة إذا اشترى بالدين ، فإما أن يكون بإذن شريكه أولا ، وفى كل : إما أن تكون السلعة معينة أولا ، فإن كان بغير إذن شريكه فالمنع وربحها له وخسرها عليه، إن لم يكن الأجل قريباً كاليومين ولم يحصل من الشريك الآخر إجازة بعد ، وإن كان بإذنه جاز ان كانت السلعة معينة وإلا منع ، وهذا خلاف مامشى عليه ابن الحاجب وابن شاس ، واختاره ابن عرفة من جواز شراء أحد الشريكين بالدين إذ لابد للناس من ذلك ، وحينئذ فلا فرق بين البيع بالدين والشراء به فى شركة المفاوضة ، وإنما شركة الذمم الممنوعة مخصوصة بشركة العيان . وأصلها عند مالك وأصحابه أن يتفق اثنان على أن كل من اشترى منهما سلعة بدين يكون الآخر شريكاً له فيها ، وقد أفاد (بن) أن هذا الأخير هو الحق .

قوله : [وأصل شركة] إلخ : إنما فسدت لأنها من باب تحمل عنى وأتحمل عنك ، وهو ضمان بجعل وأسلفنى وأسلفك وهو سلف جر منفعة .

● تنبيه : لايجوز لشريك المفاوضة كتابة لعبيد التجارة ، ولا عتق على مال يتعجله من العبد ولو أكثر من قيمته لأن له أخذه منه مجاناً ، وأما من أجنبى فإن كان قدر القيمة فأكثر جاز كبيعه ، ولايجوز له أيضاً إذن لعبد من عبيد الشركة فى تجارة لما فيه من رفع الحجر عنه .

• (واستَبَدَّ) : أى استقل (آخِذُ قِرَاضٍ) من أحد الشريكين : أى آخذ مال من أحد ليعمل فيه قراضاً بالربح الذى جعله له رب المال وأخذه بإذن شريكه ؛ لأن مال القراض خارج عن الشركة . ويجوز إن أذن له شريكه أو كان العمل فيه لا يشغله عن العمل فى الشركة .

(و) استبد (مُتَّجِرٌ بِوَدِيعَةٍ) عنده (بالرِّبْحِ والخُسْرِ) دون شريكه (إلاَّ أنْ يَعْلَمَ شَرِيكُهُ بِتَعَدِّيهِ فِى الوَدِيعَةِ) ويرضى بذلك، فالربح لهما والخسر عليهما .

• (والعَمَلُ): بينهما فى مال الشركة يجب أن يكون بينهما بقدر المالين ، (والرِّبْحُ والخُسْرُ) يكون بينهما (بِقَدْرِ المَالَيْنِ) مناصفة وغيرها. وصحت الشركة إن خلا على ذلك أوسكتا ويقضى عليهما بذلك .

(وفَسَدَتْ بشَرْطِ التَّفَاوُتِ) فى ذلك عند العقد . ويفسخ إن اطَّلع على ذلك قبل العمل، فإن اطلع عليه بعده فض الربح على قدر المالين . (وَرَجَعَ كُلٌّ) منهما على صاحبه (بِمَا) يثبت (لَهُ عِنْدَ الآخَرِ مِنْ أجرِ عَمَلٍ

قوله : [أى آخذ مال] : فيه إشارة إلى أن المراد بالقراض المال .

وقوله : [ليعمل فيه قراضاً] : أى تجراً لأن القراض يطلق على المال المأخوذ ويطلق على التجر به .

قوله : [أو كان العمل فيه لايشغله] : أى فيجوز ولو بغير إذن شريكه .

قوله : [عنده] : لا مفهوم له ، بل لا فرق بين كونها عنده أو عند شريكه أو عندهما كما هو ظاهر المدونة ، ونصها : وإن أودع رجل أحدهما وديعة فعمل فيها تعدياً فربح ، فإن علم شريكه بالعداء ورضى بالتجارة فلهما الربح والضمان عليهما ، وإن لم يعلم فالربح للمتعدى والضمان عليه خاصة . فظاهرها أن رضا الشريك ينزل منزلة عمله معه سواء علم بالتعدى فى الوديعة التى عندهما أو عند أحدهما كان هو المتجر أو غيره ، وذكر بعضهم أنه إن رضى الشريك وعمل معه كان له أجر مثله فيما إذا أعانه وعليه الضمان ، وإن رضى ولم يعمل فلا شىء له ولا ضمان عليه (اهـ . بن) .

أَوْ رِبْحٍ) ، فإذا كان لأحدهما ثلث المال كعشرة وللآخر الثلثان كعشرين ودخلا على المناصفة فى العمل والربح ، فصاحب الثلثين يرجع على صاحب الثلث بسدس الربح ويرجع صاحب الثلث على صاحب الثلثين بسدس أجرة عمله . فإن شرطا التساوى فى الربح فقط وكان العمل بقدر المالين رجع صاحب الثلثين على صاحب الثلث بسدس الربح ولا رجوع لصاحب الثلث بشىء . وإن شرطا التساوى فى العمل فقط رجع صاحب الثلث بسدس أجر عمله ولا رجوع لصاحب الثلثين بشىء ، وهكذا .

• (وَلَهُ) : أى لأحد الشريكين (التَّبَرُّعُ) لصاحبه بشىء من الربح أو العمل بعد العقد على الصحة ، فإذا عقدا على أن لصاحب ثلث المال الثلث من الربح وعليه ثلث العمل فالعقد صحيح ، وله أن يعمل بعد ذلك النصف أو أكثر ، ولصاحب الثلثين أن يتبرع له بشىء من ربحه لأنه من باب المعروف والصلة .

(و) له (الهِبَةُ) لصاحبه والسلف بأن يسلف صاحبه شيئاً (بَعْدَ العَقْدِ) الواقع صحيحاً لا حينه .

• (والقَوْلُ) فى تنازعهما فى التلف أو الخسر (لِمُدَّعِى التَّلَفِ والخُسْرِ) لأنه أمين ويحلف إن اتهم ،

قوله : [بعد العقد] : أى ولو كان بأثره ، والجواز مبنى على أن اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها .

قوله : [لا حينه] : ما ذكره الشارح من منع التبرع والهبة والسلف حال العقد هو ما فى (شب) والذى فى (عب) أنه مسلم فى غير السلف ، وأما السلف فيمنع قبل العقد مطلقاً ، وأما حينه فيفصل بين كون المتسلف ذا بصيرة بالبيع والشراء فيمنع لأنه سلف جر نفعاً ، وإلا فيجوز وهو قول ابن القاسم ، وقد رجع عنه مالك وقال بالمنع مطلقاً .

قوله : [لمدعى التلف] إلخ : التلف ما نشأ لا عن تحريك بل بأمر سماوى أو لص ، وأما الخسر فهو ما نشأ عن تحريك .

قوله : [ويحلف إن اتهم] : أى اتهمه صاحبه وإن كان فى ذاته غير متهم .

وهذا إن لم يظهر كذبه وإلا غرم .

(أَوْ أَخذَ لائِقٍ بِهِ) من طعام أو شراب أو كسوة . أى أن أحد الشريكين إذا اشترى شيئاً من ذلك يناسبه وادعى أنه اشتراه لنفسه أو لعياله وادعى الآخر أنه اشتراه للشركة ، فالقول لمن ادعى أنه اشتراه لنفسه إذا كان لائقاً به لا إن كان غير لائق أو كان عروضاً أو عقاراً أوحيواناً فالقول لمن ادعى أنه للشركة .

(و) القول (لمدَّعِي النِّصْفِ) عند تنازعهما فيه وفى غيره لأنه الأصل إن حلفا ، وكذا إن نكلا، ويقضى للحالف على الناكل، هذا قول أشهب . وقال ابن القاسم : إن ادعى أحدهما النصف والآخر الثلثين أعطى مدعى النصف الثلث ومدعى الثلثين النصف وقسم السدس بينهما .

(و) القول لمدعى (الاشْتِرَاكِ فِيمَا) : أى فى مال (بِيَدِ أَحَدِهِمَا)

قوله : [وهذا إن لم يظهر كذبه] : أى بالبينة أو القرائن كدعواه التلف وهو فى رفقة لايخفى عليهم ذلك ولم يعلم به أحد منهم ، وكدعواه الخسارة فى سلعة مرغوب فيها سعرها مشهور .

قوله : [أو كان عروضاً] : أى من غير جنس مايكسى به ليغاير ما قبله .

قوله : [والقول لمدعى النصف] إلخ : هذا كله إذا وقع التنازع بين اثنين، وإلا قسم المال على عدد الرءوس كما قال ابن غازى .

قوله : [والقول لمدعى الاشتراك] : حاصله : أن الشركة إذا انعقدت بينهما ثم ادعى أحدهما على شىء رآه بيد شريكه أنه للشركة ، وادعى الآخر الاختصاص فالقول قول من ادعى الشركة إذا شهدت البينة بتصرفهما تصرف المتفاوضين ، إلا أن تشهد بينة لمدعى الاختصاص أنه ورثه أو وهب له فإنه يختص به ولا يكون للشركة ؛ لأن الأصل عدم خروج الأملاك عن يد أربابها ، وسواء قالت البينة : إن ذلك متأخر أو قالت : لا علم لنا ، وأما لو قالت: نعلم تقدمه فهو للشركة . وزاد فى الحاشية رابعة : وهى ما إذا لم يحصل من البينة قول أصلا زيادة على قولها ، ورث أو وهب ، وحكمه أنه لمدعى الاختصاص . فتحصل أنها متى قالت : نعلم تقدمه فهو للشركة ، إلا أن يخرجوه ، ومتى قالت : نعلم تأخره أو لا علم لنا ، أو سكتت، فهو لمدعى الاختصاص ، إلا أن يدخلوه .

دون مدعيه لنفسه (إلا لبَيِّنَةٍ) تشهد للحائز (بكَارِثَةٍ) وأنه متأخر عن الشركة ، بل (وإن قالت [١] لَا نَعْلَمُ تَأَخُّرَهُ عَنْهَا) : أى عن الشركة فيكون للحائز الذى ادعاه لنفسه ، فإن قالت : نعلم تقدمه عليها فهو بينهما إلا أن تشهد بإخراجه عنها .

• (وأُلْغِيَتْ نَفَقَتُهُمَا) على أنفسهما (وَكِسْوَتُهُمَا) فلا يحسبان عند النضوض أو المفاوضة (وإن) كانا (ببلدين) : أى كان كل واحد منهما ببلد غير الذى به الآخر (مُخْتَلِفَىْ السِّعْرِ) ولو اختلافا بينا بشرط أن يتساويا أو يتقاربا فى النفقة وأن يتساويا فى المال بأن كانت الشركة على النصف فإن لم يتساويا فكل واحد على قدر ماله .

(كعِيَالِهِمَا) : أى كما تلغى النفقة والكسوة على عيالهما (إن تَقَارَبَا) عيالا ونفقة . (وإلا) يتقاربا (حُسِبَا) ما أنفقه كل واحد ورجع ذو القليل على ذى الكثير بما يخصه .

(كانفِرَادِ أحَدِهِمَا بِهَا) : أى بالنفقة على نفسه أو العيال فإنه يحسب ، وما قيل من أن من انفرد بالنفقة على نفسه لا يحسب فيه نظر .

● ثم أشار إلى القسم الثانى من قسمى الشركة بقوله :

● (وإنْ شَرَطَا نَفْىَ الاسْتِبْدَادِ) بالتصرف ؛ بل كل واحد يتوقف تصرفه على إذن الآخر (فعِنَانٌ) : أى فهى شركة عنان .

قوله : [وأن يتساويا فى المال] إلخ : أى كما لابن عبد السلام حيث قال محل إلغاء النفقة على أنفسهما إن تساوى المالان ، فإن لم يتساويا وكانت الشركة أثلاثاً حسبت نفقة كل منهما عليه، وقال الأجهورى: تلغى مطلقاً تقارب الإنفاق أولا تساوى المالان أولا. قال فى الحاشية وهو الأوجه .

قوله : [إن تقاربا عيالا] : أى فى السن والعدد .

قوله : [وإلا يتقاربا] : أى بأن اختلفا عدداً أو سناً .

قوله : [فيه نظر] : أى لأن النقل يخالفه .

قوله : [بل كل واحد] إلخ : بيان لحقيقة نفى الاستبداد .

قوله : [أى فهى شركة عنان] : أى تسمى بذلك .

---

(١) فإن قالت : أى البينة .

فإن تصرف أحدهما بلا إذن فللثانى رده وضمن إن ضاع ما تصرف فيه ؛ مأخوذ من عنان الدابة : كأن كل واحد أخذ بعنان صاحبه . فإن اشترط نفى الاستبداد من أحدهما فقط فهل صحيحة — وتكون مطلقة من جهة دون جهة — أو فاسدة ؟ لأن الشركة يقتصر فيها على ما ورد ، واستظهره بعضهم .

(و) لو قال إنسان لآخر : (اشْتَرِ) كَذَا (لى ولَكَ) والثمن بيننا (فوَكَالةٌ أيضًا) : أى فهى وكالة فقط بالنسبة لتولى الشراء كما أنها بالنسبة للذات السلعة المشتراة شركة .

وإذا كان وكيلا فى الشراء كان له طلبه بالثمن الذى أداه عنه لبائعها (فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا) عنده فى نظير الثمن سواء قال له : وانقد عنى ، أو لم يقل . (إلاَّ أنْ يَقُولَ لهُ) : اشترها لى ولك (واحْبِسهَا) عندك حتى أوفيك الثمن (فكَالرَّهْنِ) فله حبسها حتى يوفيه الثمن ويكون أحق بها فى فلس أو موت حيث حبسها وعليه ضمانها ضمان الرهان .

قوله : [مأخوذ من عنان الدابة] : أى ما تقاد به .

قوله : [أخذ بعنان صاحبه] : أى فلا يطلقه يتصرف حيث شاء .

● تنبيه : يجوز لذى طير وذى طيرة أن يتفقا على الشركة فى الفراخ الحاصلة بينهما مناصفة لا فى البيض ، ونفقة كل على ربه إلا أن يتبرع أحدهما بها ، ومحل جواز الاشتراك المذكور إن كان من الطير الذى يشترك فى الحضن الذكر مع الأنثى كحمام لادجاج وأوز ، ولا غير طير كحمر وخيل ورقيق كذا فى الأصل .

قوله : [فوكالة أيضاً] : أى كما أنها شركة ، فقول الشارح بعد : فقط ، الأولى حذفها لإيهامها خلاف المراد ، أو يؤخرها بعد قوله لتولى الشراء ويكون معناها حينئذ أنه وكيل فى الشراء فقط لا فى البيع .

قوله: [أى فهى وكالة فقط] : فائدة كون المأمور وكيلا فى شراء النصف للآمر أن يطالب ذلك المأمور ابتداء بالثمن من جهة البائع ، وهذا لا ينافى أن كلا ينقد ما عليه .

قوله : [وعليه ضمانها ضمان الرهان] : أى إذا ادعى تلفها ، فإن كانت

(وَجَازَ) : اشتر لى ولك (وَانْقُدْ عَنِّى) ما يخصنى من الثمن لأنه من المعروف ، إذ هو سلف له وكالة عنه فى الشراء ، ومحل الجواز (إنْ لَمْ يَقُلْ : وَأنَا أبِيعُهَا عَنْكَ) : أى أتولى بيعها عنك ، وإلا منع لأنه سلف جر نفعاً . فإن وقع كانت السلعة بينهما ولا يتولى البيع فإن تولاه كان له جعل مثله .

(و) جاز : اشتر لى ولك وأنا (أنْقُدُ عَنْكَ) ؛ لأنه معروف (إلا لِخِبْرَةِ المُشْتَرِى) بالشراء فلا يجوز لما فيه من السلف بمنفعة .

(وَأُجْبِرَ) الشارى لسلعة (عَلَيْهَا) : أى على الشركة أى مشاركة الغير معه فيما اشتراه (إن اشْتَرَى شَيْئاً بِسُوقِهِ) المعدّ له ولو لم يكن الشارى من أهله واشتراه للتجارة فى البلد (لا) إن اشتراه (لِكَسَفَرٍ) به وإن لتجارة (أوْقِنْيَةٍ) أو إقراء ضيف أو عرس أو إهداء وصدّق فى ذلك بيمينه (وَغَيْرُهُ) أى

مما يغاب عليه ضمنها إلا أن تقوم بينة بما ادعاه من التلف أو الضياع ، وإن كانت مما لا يغاب عليه فالقول قوله بيمين إلا أن يظهر كذبه كما مر فى الرهن ، لكن قوله فكالرهن مشكل لأن فيه تشبيه الشيء بنفسه . وأجيب : بأن المراد تشبيه هذا الفرع بالرهن المصرح فيه بلفظ الرهنية فلا ينافى أن هذا من جزئيات الرهن . وأجيب أيضاً : بأن هذا مبنى على أن الرهن يشترط فيه التصريح بلفظ الرهنية وهذا لم يصرح فيه وحينئذ فالتشبيه ظاهر .

قوله : [لأنه سلف جرّ نفعاً] : أى حيث كان المأمور هو المسلف أو أجنبياً من ناحية كصديقه .

قوله : [إلا لخبرة المشترى بالشراء] : أى لكون المشترى خبيراً أو ذا وجاهة .

قوله : [وأجبر الشارى] إلخ : هو اسم فاعل من شرى ، وأما المشترى فهو اسم فاعل اشترى ؛ لأن الفعل يقال فيه شرى واشترى ، وهذا شروع فى شركة الجبر التى قضى فيها عمر رضى الله عنه ، وقال بها مالك وأصحابه ، وشروطها ستة : ثلاثة فى الشيء المشترى : وهو أن يشترى بسوقه ، وأن يكون شراؤه للتجارة ، وأن تكون التجارة به فى البلد . وثلاثة فى المشرَك — بالفتح — وهى : أن يكون حاضراً فى السوق وقت الشراء ، وأن يكون من تجار تلك السلعة التى بيعت بحضرته ، وألا يتكلم . وقد أفادها المؤلف متناً وشرحاً .

المشترى من باقى التجار (حاضر) بالسوق لعقد الشراء (لم يتكلم) بمزايدة (من تجارها) : أى السلعة المشتراة ؛ احترازاً مما لو كان غائباً حين الشراء أو تكلم بزيادة أو ليس من تجارها بأن لم يكن تاجراً أصلا أو كان من تجار غيرها ؛ فلا جبر . وتقدم أن الشراء بسوقها شرط فى الجبر .

(لا) إن اشتراها (ببيت) اتفاقاً (أو زقاق) على المعتمد .

● ثم انتقل يتكلم على النوع الثانى من نوعى الشركة الداخل تحت التعريف المتقدم فقال :

● (وجازت) الشركة (بالعمل) أى فيه أو المعين فى المال الحاصل بسبب العمل كالخياطة والحياكة والتجارة ، بشروط :

أشار لأولها بقوله :

* (إن اتحد) العمل كخياطين لا كخياط ونجار (أو تلازم) عملهما بأن كان أحدهما ينسج والثانى ينير أو يدور ، أو أحدهما يصوغ والثانى يسبك له ، أو أحدهما يغوص لطلب اللؤلؤ والثانى يمسك عليه ويجذف ؛

قوله : [شرط فى الجبر] : اعلم أن محل الجبر - إذا وجدت هذه الشروط - ما لم يبين المشترى للحاضرين من التجار أنه لايشارك أحداً منهم ، ومن شاء أن يزيد فليفعل ، وإلا فليس لهم جبره . فهذا الشرط يزاد على الستة ومتى وجدت شروط الجبر لهم جبره ولو طال الأمر حيث كان ما اشترى باقياً كما استظهره بعضهم ، وقيل : يفصل فيه كالشفعة فلا جبر بعد السنة ، وأشعر قول المصنف : وأجبر عليها إلخ أن المشترى لايجبر الحاضرين على مشاركتهم له وهو كذلك عند عدم تكلمهم ، وأما إن حضر والسوم وقالوا له : أشركنا فأجابهم : بنعم أو سكت فإنهم يجبرون على مشاركته إن طلب ، كما أنه يجبر على مشاركتهم إن طلبوا .

قوله : [الداخل تحت التعريف] : أى فى قوله أو على عمل إلخ .

قوله : [وجازت الشركة بالعمل] : أى وتسمى شركة أبدان أيضاً ، وهذا أحد أقسام الشركة التى تقدمت لنا فى الدخول ، لأنه تقدم شركة الأموال وتحتها أقسام أربعة : المفاوضة ، والعنان ، والذمم ، والجبر ، ويأتى خامس وهو المضاربة التى هى القراض .

قوله : [ويجذف] : هكذا بالجيم أى يقذف بالمقذاف .

فالمراد بالتلازم : توقف أحد العملين على الآخر .

وأشار لثانيها بقوله :

(و) إن (أَخَذَ كُلٌّ مِنْهُمَا) من الربح (بِقَدْرِ عَمَلِهِ) : أى دخلا على ذلك . ولا يضر التبرع بعد العقد . وفسدت إن شرطا التفاوت ولا يضر شرط التساوى إن تقاربا فى العمل كما يأتى قريباً .

ولثالثها بقوله :

(و) إن (حَصَلَ) التعاون بينهما (وإنْ بِمَكَانَيْنِ) : بحيث تجول يد كل منهما على ما بيد صاحبه، كخياطين فى حانوتين يأخذ كل منهما ما بيد صاحبه.

ولرابعها بقوله :

(و) إن (اشْتَرَكَا فِى الآلَةِ) : التى بها العمل ؛ كالفأس والقدوم والمطرقة والقبان والمنوال وغير ذلك ، إما (بِمِلْكٍ أو إجَارَةٍ) لهما من غيرهما ، أو كان أحدهما يملك الآلة واستأجر صاحبه منه نصفها ، فإن كانت الآلة من أحدهما دون الآخر لم يجز . وأما لو أخرج كل منهما آلة تساوى آلة الآخر فإن أكرى كل منهما أو اشترى نصف آلة صاحبه بنصف

قوله : [بملك أو إجارة] إلخ : اعلم أن صور الخلاف ثلاثة : الأولى : إخراج كل واحد آلة مساوية لآلة الآخر ولم يستأجر كل واحد نصف آلة صاحبه . والثانية : إخراج أحدهما الآلة كلها من عنده وأجر نصفها لصاحبه . والثالثة : إخراج كل آلة مساوية لآلة الآخر وإيجار كل منهما نصف آلته بنصف آلة صاحبه ؛ متفق على جوازها : كون الآلة مملوكة لهما معاً بشراء أو إرث ، أو اكتريا ها معاً ، أو أخرج كل آلة و باع نصف آلته بنصف آلة صاحبه . فقوله : بملك أو إجارة هاتان الصورتان متفق على جوازهما .

فالمعتمد فى الصورة الأولى عدم الجواز ، وفى الأخيرتين الجواز ، وبقى ثلاث صور

قوله : [أو كان أحدهما يملك الآلة] إلخ : هذه الصورة من محل الخلاف والمعتمد جوازها كما اقتصر عليه الشارح .

قوله : [لم يجز] : أى اتفاقاً إن يكن من الآخر استئجار لنصفها .

آلة الآخر جاز ؛ لأنه صدق عليه الاشتراك فيها، وإن لم يحصل شيء من ذلك ففي الجواز والمنع قولان : الأول لسحنون . والثانى ظاهر المدونة . لكن قال عياض : إن وقع مضى .

ومثّل للشركة فى العمل بقوله :

(كطبيبين اشتركا فى الدواء) .

• (واغتفر التفاوت اليسير) فى العمل مع كون الربح بينهما بالسوية ؛ ككون عمل أحدهما أقل من النصف قليلا وعمل الآخر أكثر منه قليلا أو كان عمل أحدهما أكثر من الثلث قليلا وعمل الآخر أقل من الثلثين قليلا وقسما على الثلث والثلثين .

• (ولَزِمَ كُلًّا) من شركاء العمل (ما قَبِلَهُ صَاحِبُهُ و) لزمه (ضَمَانُهُ) أى ضمان ما قبله صاحبه بلا إذنه ؛ لأنهما صارا كالرجل الواحد ، فمتى ضاع شىء من أحدهما ضمناه معًا .

(وإنْ افتَرَقَا) فما قبلاه أو أحدهما حال الاجتماع فهو فى ضمانهما . وهذا إذا قبله فى حضور صاحبه أو غيبته القريبة كاليومين أو حال مرضه القريب اللذين يلغيان ، فإن قبله فى غيبته أو مرضه الطويلين فإنه لا يلزم صاحبه ضمانه ولا العمل معه كما قاله اللخمى وإلى ذلك أشار بقوله :

(و) إذا مرض أحدهما أو غاب (أُلْغِيَ مَرَضٌ كاليَوْمَيْنِ وغَيْبَتِهِمَا) أى اليومين ، فما عمله الحاضر الصحيح شاركه فيه الغائب أو المريض ولزمه ما قبله فيهما وضمنه إن تلف .

قوله : [جاز] : أى فى صور الكراء على الراجح وفى صورة الشراء اتفاقاً .

قوله : [اشتركا فى الدواء] : أى على التفصيل السابق وفاقاً وخلافاً ، ولا يقال : حيث اشتراكا فى الدواء كانت شركة أموال لا أبدان ، وليس الكلام فيها لأننا نقول ، الدواء تابع غير مقصود والمقصود ، إنما هو التعاون على صنعة الطب .

قوله : [واغتفر التفاوت اليسير] : راجع لشركة العمل من حيث هى كما تقدم التنبيه عليه فى قوله ولايضر شرط التساوى إن تقاربا فى العمل .

(لا إن كثر) زمن المرض أو الغيبة عن كاليومين فلا يلغى عمله بل يختص بأجرة عمله ، وانظر تمام الكلام فى المتن وشراحه .

قوله : [فلا يلغى عمله بل يختص بأجرة عمله] : أى والضمان عليه لأن الموضوع أنه قبله وصاحبه غائب أو مريض ، وأما لو حدث المرض أو الغيبة بعد القبول ،فأفاد حكمه الأصل بقوله: «يرجع بأجرة مثل عمله على صاحبه» وإلا فالأجرة الأصلية بينهما والضمان عليهما، مثاله : لو عاقدا شخصاً على خياطة ثوب بعشرة فغاب أحدهما أو مرض كثيراً فخاطه الآخر فالعشرة بينهما ، ثم يقال : مامثل أجرةمن خاطه؟ فإذا قيل: أربعة ، رجع على صاحبه باثنين مضمومين لخمسة، فحاصله أنه يختص بأربعة من العشرة ثم يقسمان الستة ، وهذا ظاهر فى هذا ونحوه ، وأما فى مثل العمل مياومة كبناءين ونجارين وحافرين فظاهر أنه يختص بجميع أجرة عمله انتهى .

قوله : [وانظر تمام الكلام فى المتن وشراحه] : من ذلك لو كثرت مدة المرض أو السفر هل يلغى منها اليومان ؟ وهو ما قاله بعض القرويين . أو لا يلغى منها شىء ؟ وهو ما نسبه أبو الحسن الصغير للخمى . ومن ذلك لو مات أحد الحافرين فى الركاز أو المعدن لم يستحق وارثه بقية العمل فيه بل يقطعه الإمام لمن يشاء ، وبعضهم قيد عدم استحقاق الوارث بما إذا لم يبد النيل بعمل المورّث وإلا استحقه الوارث . والراجح عدم التقييد، ومن ذلك النهى عن شركة الوجوه وهى بيع وجيه مال شخص خامل بجزء من ربحه ، فهى فاسدة للجهل بالأجرة وللغرر بالتدليس فعلى هذا تكون جملة أقسام الشركة سبعة .

فصل في بيان أشياء يقضى بها عند التنازع
بين شركاء وغيرهم

● (يُقْضَى عَلَى شَرِيكٍ فِيمَا) : أى فى شىء (لاَ يَنْقَسِمُ) بين الشركاء ؛ كحمام وفرن وحانوت ؛ وبرج وطاحون حصل به خلل وأراد البعض أن يعمر وأبى الآخر (أَنْ يُعَمِّرَ) الآبى مع مَنْ أراد التعمير (أَوْ يَبِيعَ) لمن يعمر معه .

فصل :

لما كانت هذه الأشياء تعم الشركاء وغيرهم عقد لها فصلا وخالف أصله .

قوله : [وغيرهم] : ومثّل لغير الشركاء فيما سيأتى بقوله : «كذى سفل إن وهى» وبما بعد .

قوله : [يقضى على شريك] إلخ : شمل كلام المصنف ما إذا كان ذلك العقار الذى لاينقسم بعضه ملك وبعضه وقف وأبى الموقوف عليه أو الناظر من التعمير بعد أمر الحاكم له ؛ فإنه يقضى عليه بالبيع على المعتمد خلافاً لمن قال إنه لا يباع ويعمر طالب العمارة ويستوفى ما صرفه على الوقف من غلته ، وعلى الأول فيباع منه بقدر الإصلاح لاجميعه حيث لم يحتج له كذا فى (عب) وكتب النفراوى بطرته المعتمد : أنه يباع الكل ولو كان ثمن البعض يكفى فى العمارة دفعاً لضرورة تكثير الشركاء كما صرح به المراغى (اهـ) . نعم محل البيع إذا لم يكن للوقف ريع يعمر منه ولم يوجد من يستأجره سنين فدفع الأجرة معجلة ليعمر بها وإلا فلا يباع (انتهى من حاشية الأصل) .

قوله : [أن يعمر] : «أن» وما دخلت عليه فى تأويل مصدر مجرور بحرف جر محذوف متعلق «يقضى» ، ونائب فاعله قوله : «على شريك» فينحل المعنى يقضى على شريك بالتعمير أو بالبيع .

قوله : [لمن يعمر معه] : أى لشخص آخر يعمره فإن أبى المشترى من التعمير قضى عليه بمثل ما قضى به على الأول وهكذا .

فإن باعه لغير الشريك فلا شفعة فيه للشريك كما يأتى إن شاء الله تعالى . والمراد : يقضى عليه بالبيع إن امتنع من التعمير فيأمره الحاكم أولاً بالتعمير بلا حكم ، فإن امتنع قال له : إن لم تعمر حكمنا عليك بالبيع فإن استمر على الامتناع حكم عليه بالبيع .

ولو كانت حصته يزيد ثمنها على التعمير . وقيل : يحكم عليه ببيع قدر ما يحصل به التعمير ؛ لأن البيع الجبرى إنما أبيح للضرورة فيقتصر على قدرها . وردّ بأن دفع ضرر كثرة الشركاء إنما يكون ببيع الكل . وقيل : إن كان غنياً جبره بالتعمير وإلا جبره على البيع .

* والكلام فى غير العيون والآبار ، فإن الآبى من التعمير لها لا يقضى عليه بالبيع بل يقال لصاحبه: عمر ولك جميع الماء ما لم يدفع لك الآبى ما يخصه من النفقة ، فإن لم يدفع فالماء للمعمر ولو زاد على ما أنفق — كذا فى المواق . وقيل: بل له من الماء بقدر ما أنفق .

قوله : [كما يأتى إن شاء الله تعالى] : أى فى بابها .

قوله : [والمراد يقضى عليه بالبيع] : جواب عما يقال ظاهر المصنف أن الحاكم يقول للشريك الممتنع من التعمير من أول الأمر : حكمت عليك بأن تعمر أو تبيع ، وليس كذلك ؛ إذ الحكم إنما يكون بمعين وهو إذا قال له: حكمت عليك أن تعمر أو تبيع لم يكن المحكوم به معيناً ، بل الحاكم يأمره أولا بالعمارة إلى آخر ما قاله الشارح .

قوله : [ولو كانت حصته يزيد ثمنها على التعمير] : هذا هو المعتمد ، ولو كان فى الوقف كما للنفراوى دفعاً لضرورة تكثير الشركاء .

قوله : [جبره بالتعمير]: أى حكم عليه به فضمن جبر معنى حكم فعداه بالباء.

قوله : [لا يقضى عليه بالبيع] إلخ : أى سواء كان على العيون والآبار زرع أو شجر أم لا .

قوله : [كذا فى المواق] : أى نقلا عن ابن القاسم وقال ابن نافع : محل جبر الشريك إن كان على البئر أو العين زرع أو شجر فيه ثمر مؤبر ، وقد ضعفه ابن رشد ورجح ما قاله ابن القاسم .

• (كَذِى سِفْلٍ) عليه بناء لغيره فإنه يقضى عليه (إنْ وَهَى) أن يعمر أو يبيع لمن يعمر لدفع ضرر الأعلى ، ولو كان الأسفل وقفاً حيث لا ريع له يعمر منه ولم يمكن استئجاره بشىء يعمر به ، ولكن لا يباع من الوقف إلا بقدر التعمير .

(وَعَلَيْهِ) : أى على ذى السفل (التَّعْلِيقُ) : أى تعليق الأعلى بالجوائز والمسمار حتى يفرغ من إصلاحه ؛ لأن التعليق بمنزلة البناء ؛ والبناء على ذى الأسفل . هذا هو المذهب ، وقيل : التعليق على رب العلو ؛ فلو سقط الأعلى فهدم الأسفل أجبر رب الأسفل على البناء أو البيع لمن يبنى ليبنى رب العلو علوه .

(و) عليه أيضًا (السَّقْفُ) الساتر لسفله ، إذ الأسفل لا يسمى بيتًا إلا بالسقف ، ولذا كان يقضى له به عند التنازع .

(و) عليه أيضًا (كَنْسُ المِرْحَاضِ) الذى يلقى فيه رب العلو سقطاته

قوله : [ولكن لا يباع من الوقف إلا بقدر التعمير] : أى فى هذه المسألة لأن علة دفع تكثير الشركاء منفية هنا .

والحاصل أنه استثنى من عدم جواز بيع الوقف خمس مسائل : هذه والتى قبلها ، وبيع العقار الوقف لتوسعة المسجد والطريق والمقبرة إذا كانت الحاجة داعية لتوسيع ما ذكر .

قوله : [فلو سقط الأعلى فهدم الأسفل] إلخ : أى ولا ضمان على صاحب الأعلى إلا بشرط الإنذار عند حاكم ومضى مدة يتمكن فيها من الإصلاح ، وكذلك العكس كما إذا وهى الأسفل وخيف بانهدامه انهدام الأعلى ، فإن صاحب الأسفل لا يضمن هدم الأعلى إلا بتلك الشروط .

قوله : [وعليه أيضاً السقف] : أى كما نقله أبو الحسن عن أبى محمد صالح .

قوله : [الذى يلقى فيه رب العلو] إلخ : أى سواء كان فه أعلى أو أسفل .

قوله : [إلا لعرف بينهم] : أى وهذا قول ابن القاسم وأشهب وهو المشهور من المذهب .

(إلا لعُرْفٍ) بينهم من أنه عليهما أو على الحماجم فيعمل به . وقيل : الكنس على الجميع بقدر الحماجم . واستظهر . ولو ماتت دابة بسرق أو بيت غير ربها فهل إخراجها على رب الدار لزوال ملك ربها عنها أو على ربها لأن له أخذ جلدها ليدبغه ولحمها لكلابه ؟ استظهر الثانى .

(لا سُلَّمٍ) يرقى عليه رب العلو ، فليس على ذى الأسفل بل على ذى الأعلى كالبلاط الذى فوق سقف الأسفل .

* (و) قضى (بالدَّابَّةِ) عند التنازع فيها (للرَّاكِبِ، لا) لقائد (مُتَعَلِّقٍ بلِجَامٍ) ولا لسائق (إلاَّ لقَرِينَةٍ أو عُرْفٍ) فيعمل بذلك ، كما يقع فى مصر كثيراً من دوابّ المكارى ونحوها .

* (وإنْ أقَامَ أحَدُهُمْ) : أى أحد الشركاء فى بيت فيه رحى لطحن فيها

قوله : [وقيل الكنس على الجميع] : أى وهو قول أصبغ ، واختلف فى كنس كنف الدار المكتراة ، فقيل : على ربها، وقيل: على المكترى، وكل هذا ما لم يجر العرف بشىء وإلا عمل به . وعرف مصر أنه على رب الدار ، وأما طين المطر الذى يترل فى الأسواق ويضر بالمارين فلا يجب على أرباب الحوانيت كنسه لأنه ليس من فعلهم ما لم يجمعه أرباب الحوانيت أو أهل البيوت فى وسط السرق وأضر بالمارة ، فإنه يجب عليهم كنسه . وهل على المكترى للحوانيت والبيوت أو على الملاك ؟ قال البرزلى : وعندى أنه يخرج على كنس مرحاض الدار المكتراة .

قوله : [استظهر الثانى] : أى استظهره ابن ناجى وغيره ، كذا فى (بن) .

قوله : [كالبلاط] : أى وأما ما يوضع تحت البلاط من تراب أو طين أو جبس فعلى صاحب الأسفل حكم السقف .

قوله : [من دواب المكارى] : أى فإن فى مصر رب الحمار يسوقه أو يقوده، فإذا تنازع مع الراكب ولا بينة لواحد قضى للسائق أو القائد .

قوله : [وإن أقام أحدهم] إلخ : صورتها ثلاثة مشتركون فى بيت فيه رحى معدة للكراء، ثم إنها خربت واحتاجت للإصلاح فأقامها أحدهم بعد أن أبيا من الإصلاح ومن الإذن له فيه وقبل أن يقضى عليهم بالعمارة أو البيع ، فالمشهور : أن الغلة الحاصلة لهم بالسوية بعد أن يستوفى منها ما أنفقه عليها فى عمارتها إلا أن

بالكراء ، وقد تعطلت (رحًى) : أى عمرها أحدهم (إذا أبَيَا) : أى شريكاه من تعميرها معه — قبل حكم حاكم عليهما بالبيع أو التعمير — (فالغَلَّة) الحاصلة من تلك الرحى بعد تعميرها (لَهُمْ): أى للثلاثة (بَعْدَ أنْ يَسْتَوْفِىَ المعمر منْهَا) : أى من غلتها (ما أنْفَقَ) على عمارتها (وإلا) يأبيا بل أذناه فى العمارة أو عمر وهما ساكتان ، (فَفِى) : أى فالرجوع عليهما فى (الذِّمَّةِ) لا فى الغلة الحاصلة منها .

يعطوه النفقة ، وإلا فيساويهم من أول الأمر ، ومقابل المشهور ما روى عن ابن القاسم : أن الغلة كلها لمن عمر وعليه لشركائه كراء المثل على تقدير أن لو أكريت لمن يعمر . واستشكل الأول : بأن استيفاء ما أنفقه من الغلة فيه ضرر عليه لأنه دفع جملة وأخذ مفرقاً . وأجيب: بأنه هو الذى أدخل نفسه فى ذلك إذ لو شاء لرفعهما للحاكم فيجبرهما على الإصلاح أو البيع ممن يصلح .

قوله : [أو عمر وهما ساكتان] : اعلم أن فروع هذه المسألة سبعة :

الأول : ما إذا استأذنهما فى العمارة وأبيا واستمرا على المنع إلى تمام العمارة، والحكم : أنه يرجع بما عمر فى الغلة . والثانى : أن يستأذنهما فيسكتا ثم يأبيا حال العمارة . والثالث : عكسه وهو أن يستأذنهما فيأبيا ثم يسكتا عند رؤيتهما للعمارة ، والحكم فى هذين الرجوع فى الغلة كالأول . والرابع : أن يعمر قبل علم أصحابه ولم يطلعوا على العمارة إلا بعد تمامها ، سواء رضوا بما فعل أو لا والحكم فى هذه أنه يرجع بما أنفقه فى ذمتهم لقيامه عنهم بما لابد منه لهم . والخامس : أن يعمر بإذنهم ولم يحصل منهم ما ينافى الإذن حتى تمت العمارة . والسادس : أن يسكتوا حين العمارة عالمين بها سواء استأذنهم أم ، وحكمهما كالتى قبلهما . والسابع : أن يأذنوا له فى العمارة ثم يمنعاه بعد ذلك، فإن كان المنع قبل شراء المؤن التى يعمر بها ثم عمر فإنه يرجع فى الغلة وإن كان بعد شراء المؤن رجع عليهم فى ذمتهم ولا عبرة بمنعهم له .

● تنبيه: يقضى بالإذن فى دخول جاره فى بيته لإصلاح جدار من جهته ونحوه ؛ كغرز خشبة أو أخذ ثوب سقط أو دابة دخلت . ويقضى أيضاً بقسمة الجدار إن طلبت . وصفة القسمة عند ابن القاسم : أن يقسم طولا من المشرق إلى المغرب

* (و) قضى (بِهَدْمِ بِنَاءٍ فِى طَرِيقٍ) يمر فيها الناس (وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ) بالمارين ، إذ لا حق له فى ذلك مع كون البناء المذكور شأنه الضرر . وقد كثر ذلك فى مصر ، فكل من بنى أو جدد له بيتا يزحف ببنائه أو بحانوته بسكة المسلمين حتى صارت الطرق ضيقة تضر بالناس كما هو مشاهد .

(و) قضى (بِجُلُوسِ بَاعَةٍ بِأَفْنِيَةِ دُورٍ لِبَيْعٍ خَفَّ) لا إن كثر لما فيه من الضرر . واحترز بقوله : « لبيع » من جلوسهم للتحدث ونحوه فإنهم يقامون .

(و) قضى (لِلسَّابِقِ) من الباعة للأفنية إن نازعه فيه غيره ولو اشتهر به ذلك الغير .

مثلا ، فإذا كان طوله عشرين ذراعاً من المشرق إلى المغرب فى عرض شبرين مثلا أخذ كل واحد عشرة أذرع بالقرعة ، ولا يقسم عرضاً بأن يأخذ كل واحد منهما شبراً من الجانب الذى يليه بطول العشرين ذراعاً بأن يشق نصفه كما رأى عيسى ابن دينار ؛ فإن ذلك فساد إن كان بالقرعة . وأما بالتراضى فيجوز طولا أو عرضاً إذا تراضوا على أن كل واحد يأخذ نصيبه من جهته ويقضى على الجار أيضاً بإعادة جداره الساتر لغيره إن هدمه ضرراً إلا لإصلاح أو هدم بنفسه فلا يقضى على صاحبه بإعادته ، ويقال للجار استر على نفسك إن شئت .

قوله : [وقضى بهدم بناء فى طريق] : أى نافذة أولا ما لم تكن أصلها ملكاً له ، بأن كانت داراً له وانهدمت وصارت طريقاً فله البناء ولا يهدم ، وقيده بعضهم بما إذا لم يطل الزمان حتى يظن إعراضه عنها فليس له فيها كلام .

قوله : [باعة بأفنية دور] : حاصله أنه يقضى بجلوس الباعة بأفنية الدور بشروط أربعة : إن خف الجلوس ولا يضر بالمارة لاتساع الطريق ، وأن تكون الطريق نافذة ، وأن يكون جلوسهم للبيع . وباعة : أصله بيعة بفتح الياء : جمع بائع ؛ كحاكة وحائك صاغة وصائغ ، تحركت الياء وانفتح ماقبلها فقلبت ألفاً ، وفناء المسجد كفناء الدور ، والراجح جواز كراء الأفنية سواء كانت لدور أو حوانيت ، فيجوز لصاحب الدور والحانوت أخذ الأجرة من الباعة الذين يجلسون كثيراً فى فناء داره أو حانوته .

(كمَسْجِدٍ) فإنه يقضى للسابق بمكان فيه (إلاَّ أنْ يَعْتَادَهَ) فى الجلوس (غَيْرُهُ) : أى غير السابق فى ذلك المكان لتعليم علم أو إقراء أو فتوى فإنه يقضى له به . وقيل : لا يقضى بل يأمر غيره بالقيام منه له بغير إلزام .

* (و) قضى على جار (بِسَدِّ كَوَّةٍ) بفتح الكاف وضمها : أى طاقة (حَدَثَتْ) وأشرفت على الجار وأما القديمة فلا يقضى بسدها . ويقال للجار : استر على نفسك إن شئت . وكذا إن كانت عالية لا يمكن التطلع على الجار منها إلا بصعود على سلم .

قوله : [كمسجد] : الظاهر أن المراد به المكان المعد للطاعة المباح ليشمل عرفة ومنى ومزدلفة ، فحكمها حكم المسجد فى التفصيل . فإن قلت : ما الفرق بين المسجد والسوق ؟ حيث قلتم فى المسجد: يقضى به للسابق ما لم يعتده غيره وفى السوق: يقضى به للسابق ولو اشتهر به غيره ، مع أن كلاً مباح ولكل مسلم فيه حق؟ قلت : الفرق أن المسجد وما فى معناه مباح مرغب فيه يمدح التعلق به فيه يتنافس المتنافسون ، فلذلك قيد القضاء فيه للسابق بعدم اعتياده للغير ، والسوق — وإن كان مباحاً للجلوس فيه — فإنما هو عند الضرورات فلا تتنافس فيه العقلاء ولذلك ورد : « إن خير البقاع المساجد وشرها الأسواق »[1] .

قوله : [فإنه يقضى للسابق] : وانظر : هل يكفى السبق بالفرش فيه؟ أولا بد أن يكون بذاته والسبق بالفرش تحجير؟ لايجوز ذكر (ح) فيه خلافاً .

قوله : [إلا أن يعتاده] : أى لما فى صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم قال : « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به »[2] .

قوله : [وقيل لايقضى] : المعتمد القضاء للمشهور .

قوله : [وكذا إن كانت عالية] : مثل العلو ما إذا كان يتراءى منها المزارع والحيوانات ، فمحل السد إن كان يتطلع منها على الحريم أو ما فى معناه .

---

(١) « خير البقاع المساجد وشر البقاع الأسواق » خرجه فى الجامع الصغير عن ابن عمر وقال : رواه الطبرانى فى الكبير والحاكم فى مستدركه وقال : صحيح .

(٢) « إذا قام الرجل من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به » قال فى الجامع الصغير: عن أبى هريرة رواه أحمد فى مسنده والبخارى فى الأدب ومسلم وأبو داود وابن ماجه . ورواه أحمد عن وهب بن حذيفة . وقال : صحيح .

والمنقول عن ابن القاسم ؛ وبه القضاء : أن من حدث عليه ضرر من فتح كوة أو غيرها وسكت عشر سنين بلا عذر فلا مقال له بعد ذلك .

(و) إذا قضى بسدها (لا يَكْفِي سَدُّ خَلْفِهَا) مع بقائها على ما هى عليه ، لأنه ذريعة فى المستقبل لادّعاء قدمها وإرادة فتحها بل لا بد من سدها من أصلها وإزالة ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما .

* (و) قضى (بِمَنْعِ دُخَانٍ كَحَمَّامٍ) وفرن ومطبخ وقمين (و) بمنع (رَائِحَةٍ كَرِيهَةٍ ؛ كَدَبْغٍ) ورائحة مذبح ومسمط . والمراد : الحادث من ذلك لا القديم .

(و) بمنع (مُضِرٍّ بِجِدَارٍ) حدث كدقّ وطاحون وبئر وغرس شجر .

(و) منع إحداث (إِصْطَبْلٍ) لما فيه من ضرر رائحة الزبل بالجدار وصوت الدوابّ .

قوله : [لا يكفى سد خلفها] : المناسب تقدير الفاء فى جواب « إذا » .

قوله : [بمنع دخان كحمام] : أى بمنع إحداث ذى دخان تتضرر الجيران بسببه .

وقوله : [وبمنع رائحة] : أى وقضى بمنع إحداث ذى رائحة كريهة .

قوله : [كدبغ] : أى مدبغة . والمذبح : المحل المعد للذبح : والمسمط : هو الإناء الذى يسمط فيه السقط لإزالة ما فيه من الأقذار ، ومثل المسمط المصلق :وهو الإناء الذى يطبخ فيه السقط. ويمنع الشخص من تنفيض الحصر ونحوها على باب داره إذا أضر الغبار بالمارة ، ولا حجة له أنه إنما فعله على باب داره ، قاله ابن حبيب .

قوله : [وبمنع مضر بجدار] : أى وأما إذا كان الصوت فقط ولا يضر بالجدار فلا يمنع كما يأتى .

قوله : [وبمنع إحداث إصطبل] : اعترض بأن هذا مستغنى عنه لأنه إذا كان لمنع الرائحة فهو داخل فى قوله: « ورائحة كريهة » ، وإن كان للضرر بالجدار فهو داخل فيما قبله ، وإن كان للتأذى بالصوت فهو لايقتضى منع الإحداث كما يأتى فى قوله : ولا صوت كمد ونحوه . وأجيب بأن العلة فى منع إحداثه الرائحة وضرر

(و) يمنع (حَانُوتٍ قُبَالَةَ بَابٍ ولو بسِكَّةٍ نفذَتْ) على الأصوب، لأن الحانوت أشد ضرراً من فتح الباب لملازمة الجلوس به، ومحل المنع فيما ذكر (إنْ حَدَثَتْ) لا إن كانت قديمة .

(و) قضى (بقَطْعِ ما أضَرَّ مِنْ) أغصان (شَجَرَةٍ بجِدَارٍ) لجاره (مُطْلَقًا) حدثت أو كانت قديمة . وأما الشجرة نفسها قال ابن رشد : فلا سبيل لقلعها إذا كانت قديمة ؛ أى لأن الكلام فى أغصانها المنتشرة على جدار الجار فهل يقطع ولو كانت قديمة وهو المعتمد أو لا يقضى بقطعه إلا إذا حدثت وهو قول ابن الماجشون .

* (لا) يقضى بمنع بناء (مَانِعِ ضَوْءٍ وشَمْسٍ وريحٍ إلا لأنْدَرَ) : أى جرين، ومثل الأندر : طاحون الريح إذا حدث ما يمنع الريح عنها فيقضى بمنعه .

(و) لا يقضى بمنع (عُلُوِّ بِنَاءٍ) على بناء جاره إلا أن يكون ذمِّيًّا بجار مسلم فيمنع .

(ومُنِعَ) الجار إذا علا ببنائه (مِنَ الضَّرَرِ) كالتطلع على جاره بالإشراف من العلو الذى بناه .

(ولا) يقضى بمنع (صَوْتٍ كَكَمْدٍ) : وهو دق القماش لتحسينه (ونَحْوِهِ) كحداد ونجار وصائغ لخفة ذلك، ولذا قال بعضهم : هذا ما لم

الجدار، لكن المصنف أراد التنصيص على عين المسائل .

قوله : [ولو بسكة نفذت] : أى خلافاً لابن غازى من التقييد بالسكة غير النافذة .

قوله : [لا يقضى بمنع بناء مانع] إلخ : هذا هو المشهور، ومقابله ما رواه ابن دينار عن ابن نافع : أنه يمنع من مانع الضوء والشمس والريح .

قوله : [إلا أن يكون ذمياً] : واختلف هل يمنع من مساواته للمسلم أولا ؟

● تنبيه : كما لا يمنع الشخص المسلم من علو بنائه على بناء جاره لا يمنع من إحداث ما ينقص الغلة اتفاقاً كإحداث فرن قرب فرن أو حمام قرب حمام أو طاحون قرب طاحون كما فى (ح) .

قوله : [ولذا قال بعضهم] : أى وهو المواق فإنه قال ومحل عدم المنع ما لم يشتد

يشتد ويدم وإلا منع .

(و) لا من إحداث (بَابٍ بِسِكَّةٍ نَفَذَتْ) ولو لم تكن السكة واسعة على المعتمد ، وسواء نكّبَ عن باب جاره أو لم ينكب ؛ لأن شأن النافذة عدم فتح أبواب بيوتها فلا ضرر فى إحداث باب قبالة باب جاره .

(كغَيْرِهَا) : أى غير النافذة (إنْ نُكِّبَ) : أى بُوعِدَ عن باب جاره أى لم يكن مقابلا له بحيث لو فتح لم يشرف منه على ما فى دار جاره وإلا منع.

(و) لا يمنع من إحداث (رَوْشَنٍ) : وهو الجناح الذى يخرج به جهة السكة فى علو الحائط لتوسعة العلو .

(و) لا يمنع من إحداث (سَابَاطٍ) سقف فى السكة (لِمَنْ له الجَانِبَانِ) : أى بيت قبالة بيته والسكة بينهما (ولَوْ بغيرِ) السكة (النَّافِذَةِ) على المعتمد ؛ فلا يترقف الإحداث على إذن بقية أهل الزقاق . ومشى الشيخ على التفصيل بين النافذة وغيرها تبعًا لجماعة من أهل المذهب ورُجح أيضًا .

ومحل جواز الروشن والساباط : ما لم يضر بالمارة فى النافذة وغيرها ، بأن رُفِعَا رَفْعًا بيِّنا عن رءوس الناس والإبل المحملة ، وإلا منعا ولذا قال (إلا لضَرَرٍ بالمَارَّةِ) .

(و) لا يمنع من (صُعُودِ نَخْلَةٍ) لأخذ ثمرها أو تقليمها (وأَنْذَرَ) الراق عليها وجوبًا ، وقيل : ندبًا (بطُلُوعِهِ) عليها ليستتر الجار .

(بِخِلافِ المَنَارَةِ) التى يشرف من صعد عليها للأذان على الجار ، فإنه يمنع (وَلو) كانت المنارة (قَدِيمَةً) : لأن الأذان يتكرر بخلاف النخلة

ويدم وإلا منع من ذلك .

قوله : [ولا يمنع من إحداث روشن] إلخ : حاصله : أن المعتمد فى الروشن والساباط جواز إحداثهما مطلقاً كانت السكة نافذة أو غير نافذة ، ولا يحتاج لإذن حيث رفع عن رءوس الركبان رفعاً بيناً ولم يضر بضوء المارة .

قوله : [تبعاً لجماعة] : قال ابن غازى : التفصيل بين النافذة وغيرها لأبى عمران ، ونقله عن المتيطى ، وعليه اقتصر ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون .

فإن الصعود عليها نادر .

* (ونُدِبَ) للجار (تَمْكِينُ جار) له (مِنْ غَرْزِ خَشَبٍ فِي جِدَارٍ) لأنه من المعروف ومكارم الأخلاق .

(و) ندب للإنسان (إِرْفَاقٌ) لغيره من جار أو قريب أو أجنبي ويتأكد في القريب والجار قال تعالى : « وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى

قوله : [بخلاف المنارة] : محل منع الصعود عليها ما لم يجعل لها ساتر من كل جهة يمنع من الاطلاع على الجيران، وما لم يكن الصاعد أعمى كما عندنا بمصر .

قوله : [تمكين جار له من غرز خشب] : أي لما في الموطأ « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره » رواه ابن وهب « خشبة » بالإفراد ورواه بعضهم بصيغة الجمع ، حمل مالك ذلك على الندب وحمله الشافعي وأحمد على الوجوب . واختلف هل : لجار المسجد غرز خشبة في حائطه؟ وبه أفتى ابن عتاب نقلا له عن الشيوخ ، أو ليس له ذلك ؟ وبه قال ابن ناجي .

قوله : [وبالوالدين إحساناً] : أي وأحسنوا بالوالدين إحسانا وإنما قرن برّ الوالدين بعبادته وتوحيده لتأكد حقهما على الولد . عن أبي هريرة قال : « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي ؟ قال أمك . قال : ثم من ؟ قال : أمك : ثم من ؟ قال : أمك ، ثم أبوك ثم أدناك فأدناك »[1] ، وفي رواية عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « رغم أنفه رغم أنفه قيل : من يارسول الله ؟ قال : من أدرك والديه عنده الكبر أو أحدهما ولم يدخل الجنة »[2] .

قوله : [وبذي القربى] : أي وأحسنوا إلى ذوي القربى وهم ذوو رحمه من قبل أبيه أو أمه ، عن أنس بن مالك قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) « أمك ثم أمك ثم أمك ثم أبوك ثم الأقرب فالأقرب » قال في الجامع الصغير : رواه الحاكم في مستدركه وأبو داود والترمذي وأحمد في مسنده عن معاوية بن حيدة . ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة . وقال : صحيح حسن .

(٢) « رغم أنفه ثم رغم أنفه ثم رغم أنفه من أدرك أبويه عند الكبر أحدهما أو كليهما ثم لم يدخل الجنة » قال في الجامع الصغير : أرواه مسلم وأحمد بن حنبل في مسنده عن أبي هريرة ، وقال : صحيح .

وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ

يقول : « من سره أن يبسط له فى رزقه وينسأ له فى أثره فليصل رحمه » ، ومعنى ينسأ له فى أثره يؤخر له فى أجله .

قوله : [واليتامى والمساكين] : أى وأحسنوا إلى من ذكر وإنما أمر بالإحسان إليهم لأن اليتيم مخصوص بنوعين من العجز : الصغر وعدم النفقة . والمسكين هو الذى ركبه ذل الفاقة والفقر فتمسكن لذلك وفى الحديث : « أنا وكافل اليتيم فى الجنة هكذا ، وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما شيئاً »[1] ، وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله عليه وسلم : « الساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله » ، وأحسبه قال : « وكالقائم الذى لا يفتر وكالصائم الذى لا يفطر »[2] .

قوله : [والجار ذى القربى] : أى وأحسنوا إلى الجار الذى قرب جواره منكم ، وقيل الجار ذو القربى هو القريب .

قوله : [والجار الجنب] : أى الذى بعد جواره عنك ، أو هو الأجنبى الذى ليس بينك وبينه قرابة . عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه »[3] . وعن عائشة قالت : « قلت يا رسول الله : إن لى جارين فإلى أيهما أهدى؟ قال إلى أقربهما باباً لك »[4] . وعن أبى ذرّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر إذا طبخت مرقاً فأكثر ماءه وتعاهد جيرانك » . وفى رواية قال : « أوصانى خليلى صلى الله عليه وسلم قال : إذا طبخت مرقاً فأكثر ماءه ثم انظر إلى أهل بيت من جيرانك

---

(١) « أنا وكافل اليتيم فى الجنة هكذا » عن سهل بن سعد . صحيح ، رواه البخارى وأحمد فى مسنده وأبو داود والترمذى .

(٢) « الساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله أو كقائم الليل الصائم النهار » عن أبى هريرة — رواه الشيخان وأحمد بن حنبل فى مسنده والترمذى والنسائى وابن ماجه .

(٣) « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه يورثه أوسيورثه » : عن ابن عمر عند الشيخين وأحمد فى مسنده وابن داود والترمذى . وعن عائشة عند أحمد والشيخين وابن داود والترمذى وابن ماجه والنسائى وهو صحيح من هذين الوجهين . وعن عائشة أيضا البيهقى فى السنن وهو حسن من هذا الوجه .

(٤) أقربهما بابا : عن عائشة فى صحيح البخارى .

وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ »[١]
(بماء) لشرب أو غيره .

فأصبهم منها بمعروف » . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يانساء المؤمنات لاتحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة »[٢] معناه : ولو أن مهدى لها الشيء الحقير الذى هو كظلف الشاة .

قوله : [والصاحب بالجنب] : قال ابن عباس : هو الرفيق فى السفر ، وقيل هو المرأة تكون معك إلى جنبك ، وقيل هو الذى يصحبك رجاء نفعك . قال رسول صلى الله عليه وسلم : « خير الأصحاب عند الله خيرهم لصاحبه ، وخير الجيران عند الله خيرهم لجاره » .[٣]

قوله : [وابن السبيل] : يعنى المسافر المجتاز بك الذى قد انقطع به ، وقال الأكثرون : المراد بابن السبيل الضيف يمر بك فتكرمه وتحسن إليه . قال صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته قدم . قالوا وماجائزته يا رسول الله؟ قال يومه وليلته والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة عليه »[٤] زاد فى رواية : « ولايحل لرجل أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمه ، قالوا: يا رسول الله ، كيف يؤثمه قال : يقيم عنده ولا شىء له يقريه به » (اه) وقيل معنى الجائزة الزاد الذى يعطيه له بعد الضيافة ، أى فيقرى الضيف ثلاثة أيام ثم يعطيه ما يجوز به من منهل إلى منهل .

قوله : [وما ملكت أيمانكم] : يعنى المماليك ، والإحسان إليهم ألا يكلفهم

---

(١) سورة النساء آية ٣٦ .

(٢) عن أبى هريرة قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يقول : يانساء المسلمات لاتحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة » ورد فى صحيح البخارى – كتاب الأدب .

(٣) عن ابن عمرو رضى الله عنهما : «خير الأصحاب عند الله خيرهم نصيحة وخير الجيران عند الله خيرهم لجاره » قال فى الجامع الصغير : رواه أحمد فى مسنده والترمذى والحاكم فى مستدركه. وقال : حسن . نقول : ولعل وروده فى مستدرك الحاكم تصحيح له .

(٤) روى الإمام البخارى رضى الله عنه فى صحيحه – كتاب الأدب – عن أبى شريح العدوى قال : « سمعت أذناى وأبصرت عيناى حين تكلم النبى صلى الله عليه وسلم فقال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته ، قال : وماجائزته يارسول الله ؟ قال : يوم وليلة ، والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة عليه» .

(ومَاعُونٍ) كإناء وفأس وسكين .

(و) ندب (إعانَةٌ فى مُهِمٍّ) كموت وعرس وسفر .

(و) ندب (فَتْحُ بابٍ لمرُورٍ) فى دار لها بابان وأراد الجار أن يمر فى الدار بدخوله من باب ليخرج من الآخر لحاجة ، ولا ضرر على رب الدار .

ما لايطيقون ، ولا يؤذيهم بالكلام الخشن، وأن يعطيهم من الطعام والكسوة بقدر الكناية . عن على بن أبى طالب قال : كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم »[1]. وفى الحديث أيضاً : « هم إخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم »[2] (اه ملخصاً من الخازن).

قوله : [وندب إعانة] : أى لأى مسلم لما فى الحديث : « الله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه » .

قوله : [ولا ضرر على رب الدار] : الجملة حالية أى فصب تمكينه من المرور إن لم يكن عليه ضرر وإلا فلا يؤمر بذلك .

---

(١) « اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم » قال فى الجامع الصغير : رواه البخارى فى الأدب عن على رضى الله عنه .

(٢) « هم إخوانكم » الحديث . هذا مخروم من حديث أبى ذر الذى أوله « إخوانكم خولكم » وقد رواه الإمام البخارى رضى الله عنه فى أكثر من موضع . والخول : هم الحاشية القريبة .

فصل

فى المزارعة وأحكامها

● (المُزَارَعَةُ : الشَّرِكَةُ فِى الزَّرْعِ) ، ويقال : الشركة فى الحرث وبه عبر اللخمى .

● وعقدها غير لازم قبل البذر ونحوه .

● (ولَزِمتْ بالبَذْرِ ونَحْوِهِ) . والبذر : إلقاء الحب على الأرض لينبت : ومثل البذر . وضع الزريعة بالأرض مما لا يبذر لحبه ، كالبصل والقصب وهذا هو المراد بـ « نحوه » ، وليس المراد بالنحو قلب الأرض وحرثها ؛ فإنهم صرحوا أن الراجح أنها لا تلزم بالعمل قبل البذر ولو كان له بال . والشيخ رحمه الله أطلق البذر على ما يعم وضع الشتل ونحوه بالأرض لا خصوص الحب .

فصل :

لما كانت شركة المزارعة قسما من الشركة ناسب أن يعقبها لها ، وإنما أفردها بترجمة لمزيد أحكام وشروط تخصها وإلا فحقها أن تدرج فى الشركة .

قوله : [المزارعة] إلخ : مأخوذة من الزرع وهو ما تنبته الأرض لقوله تعالى : (أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ .أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ)[1] وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين يفعل كل منهما بصاحبه مثل ما يفعله الآخر به مثل المضاربة ، ويتصور هذا فى بعض الصور ، وهو إذا كان العمل من كل والبذر عليهما واطردت فى الباقى .

قوله : [وعقدها غير لازم قبل البذر] : أى بخلاف شركة الأموال فإنها تلزم بالصيغة على المعتمد كما مر ، وهذا مذهب ابن القاسم .

قوله : [وضع الشتل] : أى كشتل البصل والخس والأرز ، وقوله ونحوه أى كعقل القصب والشجر .

---

(١) سورة الواقعة آيتا ٦٣ ، ٦٤ .

وقيل : إن قلب الأرض يوجب اللزوم ، وقيل : إنها تلزم بالعقد كشركة المال . والراجح ما ذكرناه .

* (فلِكُلٍّ) من الشريكين أو الشركاء (فَسْخُهَا قبْلَهُ) : أى البذر ؛ فلو بذر البعض فالنقل عن ابن القاسم فى المدونة أنه إن بذر البعض لزم العقد فيما بذر ولكل الفسخ فيما بقى . وظاهره : قلّ ما بذر أو كثر ، فالتنظير الواقع هنا قصور لوجود النص فقوله : « قبله » : أى ولو حصل كبير عمل . قال ابن رشد : وكذلك إن كانا قد قلبا الأرض ولم يزرعاها بعد لم يلزم الآبى منهما أن يزرعها معه (ا هـ) .

واعلم أنهما إن تساويا فى الأرض والعمل والآلة والزريعة جازت اتفاقاً . وإن اختص أحدهما بالبذر والآخر بالأرض فسدت اتفاقًا لاشتمالها على كراء الأرض بما يخرج منها . وما عدا هذين الوجهين مختلف فيه وسيأتى بيان الراجح . هذا هو النقل ؛ فقول من قال : إنه قيل بالمنع مطلقًا أى ولو وجدت الشروط الآتية فيه نظر ، إلا أن يحمل كلامه على ما عدا صورة التساوى المتقدمة .

قوله : [وقيل إنها تلزم بالعقد] : هذا قول ابن الماجشون وسحنون ، وإنما وقع هذا الاختلاف فى المزارعة لأنها شركة عمل وإجارة ، فمن غلّب العمل قال : غير لازمة بالعقد وشرط فيها التكافؤ والاعتدال إلا أن يتطوع أحدهما بزيادة بعد العقد ، ومن غلّب الإجارة قال : هى لازمة بالعقد وأجاز فيها التفاضل وعدم التكافؤ ، وقيل : إنها تلزم بالعقد إذا انضم له ، وهو الذى أفاده بقوله : وقيل : إن قلب الأرض يوجب اللزوم فجملة الأقوال ثلاثة .

قوله : [فالتنظير الواقع هنا] : أى من الأجهورى .

قوله : [جازت اتفاقاً] : أى كما فى التوضيح ومراده اتفاق أهل المذهب ، فإن أبا حنيفة يقول بمنعها مطلقاً وإن خالفه صاحباه .

قوله : [لاشتمالها على كراء الأرض بما يخرج منها] : أى إلا على قول الداودى والأصيلى ويحيى بن يحيى بجواز كراء بما يخرج منها .

قوله : [فقول من قال] إلخ : القائل بالمنع مطلقاً (عب) .

قوله : [إلا أن يحمل كلامه] إلخ : أى أو يحمل على قول أبى حنيفة كما تقدم .

● ثم أشار لشروط صحتها بقوله :

● (وصَحَّتْ) المزارعة بشروط ثلاثة :

● أولها قوله: (إنْ سَلِمَا) : أى الشريكان (مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِمَمْنُوعٍ) أى بأجر ممنوع كراؤها به ؛ وهو الطعام ولو لم تنبته الأرض كعسل ، وما تنبته ولو غير طعام كقطن وكتان ، إلا الخشب كما يأتى فى الإجارة . ولما كان هذا الشرط لا يخص المزارعة بل هو عام فيها وفى غيرها فسره بشىء خاص بها بقوله :

(بأنْ لا يُقَابِلَهَا بَذْرٌ) كُلاًّ أو بعضًا من غير ربها ، فلو قابلها بذر كأن يكون البذر من أحدهما والأرض للآخر فسدت كما سيأتى .

● والثانى قوله :

(ودخَلاَ عَلَى أنْ الرِّبْحَ) بينهما (بِنِسْبَةِ المُخْرَجِ) بفتح الراء : أى ما أخرجه كل منهما ؛ كأن يكون كراء الأرض مائة وكراء العمل من بقر أو غيره سوى البذر مائة ودخلا على أن الربح مناصفة ، أو أخرج أحدهما ما يساوى خمسين وأخرج الآخر ما يساوى مائة ودخلا على أن لصاحب المائة من الربح الثلثين ولصاحب الخمسين الثلث ، وهكذا ، فإن دخلا فى الأول على الثلث والثلثين وفى الثانى على المناصفة فسدت .

(وجَازَ التَّبَرُّعُ) من أحدهما للآخر بالزيادة من عمل أو ربح (بَعْدَ اللُّزومِ) : أى بعد لزوم الشركة بالبذر بعد العقد الصحيح .

● والشرط الثالث قوله :

قوله : [من كراء الأرض بممنوع] : أى فإن لم يسلما منعت ، وقالت الشافعية : محل منع كراء الأرض بما يخرج منها إذا اشترطا الأخذ من عين ما يخرج من خصوص تلك البقعة صريحاً ولم يكتفوا بالجنس وهى فسحة .

قوله : [كعسل] : أى للنحل .

قوله : [كقطن وكتان] : أى وحلفاء وحشيش ، وأما البوص الفارسى والعود القاقلى والصندل والشب والكبريت ونحوها من المعادن فيجوز كراؤها بها لأنها ملحقة بالخشب كما فى فتاوى الأجهورى و(شب) .

قوله : [بعد اللزوم] : أى وأما قبله فمفسد ، ولو صرحوا بأنه تبرع .

(وتَمَاثَلَ البَذْرَانِ) منهما إن أخرجاه من عندهما ؛ كما لو كانت الأرض بينهما وأخرج كل منهما منابه فى البذر فلا بد من تماثلهما (نَوْعاً) كقمح أو شعير أو فول (لا) إن اختلفا (كقَمْحٍ) من أحدهما (وشَعِيرٍ) أو فول من الآخر . ومن التماثل أن يخرج كل منهما منابه فولا مثلا ومنابه قمحاً ؛ بأن يخرجا معاً إردب فول يزرع على جهة وإردب قمح يزرع فى جهة أخرى فإنه صحيح . فإن أخرج أحدهما من البذر غير ما أخرجه الآخر فسدت ولكل ما أنبته بذره ، ويتراجعان فى الأكرياء ، والشيخ لم يذكر هذا الشرط ؛ فلعله يرى أنه لا يشترط وتصح الشركة فى ذلك ، وهو قولٌ ، إلا أنه يردّه أن الشيخ اشترط خلط البذرين ولو حُكماً ولا يتأتى خلط فى النوعين ، فالظاهر أنه اكتفى بذكر الخلط عن تماثلهما . ثم إن مذهب مالك وابن القاسم أنه لا يشترط خلط البذرين حقيقة ولا حكماً بل إذا خرج كل منهما ببذره وبذره فى جهة فالشركة صحيحة وهو الراجح الذى به الفتوى ، وليس لابن القاسم قول باشتراطه خلافاً لما فى بعض الشراح ، وإنما القولان لسحنون ، وقوله باشتراطه ضعيف لا يعول عليه فكان على الشيخ تركه ولا يتم تفريعه بقوله : فإن لم ينبت بذر أحدهما وعلم ، إلخ ، إلا على مذهب مالك وابن القاسم ، فعُلم أن الشروط ثلاثة فقط وبعضهم اقتصر على الأولين فقط .

* ثم مثَّلَ — لما استوفى الشروط — بخمسة مسائل فقال :

(كأنْ تَسَاوَيَا) : أو تساووا إن كانوا أكثر (فى الجميع) بأن تكون

قوله : [أن الشيخ اشترط خلط البذرين ولو حكماً] : أى وهو أحد قولى سحنون قال (ر) : هذا الشرط لسحنون وسيأتى ذلك .

قوله : [فعلم أن الشروط ثلاثة] : أى وهى سلامتهما من كراء الأرض بممنوع ، والتساوى فى الربح بأن يأخذ كل واحد قدر ما أخرج . وتماثل البذرين .

قوله : [وبعضهم اقتصر على الأولين فقط] : أى وهو الذى اقتصر عليه ابن شاس وأبو الحسن كما قال (بن) .

قوله : [بخمسة مسائل] : المناسب حذف التاء .

قوله : [كأن تساويا أو تساووا] : أى دخلوا على أن كل واحد يأخذ من

الأرض بينهما والعمل بينهما والآلة كذلك بكراء أو ملك منهما أو من أحدهما . فهذه مما لا خلاف فى جوازها كما تقدم .

(أو قَابَلَ البَذْرَ) من أحدهما عمل من الآخر والأرض بينهما (أو) قابل (الأرْضَ) من أحدهما عمل من الآخر والبذر بينهما .

(أوْ هُمَا) : أى قابل البذر والأرض معاً من أحدهما (عَمَلٌ) من الآخر .

فهذه الثلاثة جائزة أيضًا كالأولى لأنه لم يقابل الأرض بذر فيها . ولا بد من بقية الشروط بأن يدخلا على أن الربح بينهما على حسب ما أخرج كل ، وأن يتماثل البذران فى المسألة الثالثة ؛ وهى ما إذا قابل الأرض عمل وكان البذر بينهما . وتقدم أن التبرع بزيادة عمل أو ربح بعد لزومها مغتفر . فقوله : « عمل » راجع للثلاثة مسائل قبله .

(أو) كان (لأحَدِهِمَا الجَمِيعُ) : الأرض والبذر والآلة من حيوان وغيره (إلا عَمَلَ اليَدِ فَقَطْ) من حرث وتنقية وحصد ودرس ، وهى جائزة بشرط زائد على ما تقدم أشار له بقوله :

(إنْ عَقَدَا بِلَفْظِ الشَّرِكَةِ) على أن للعامل جزءاً من الخمس أو

الربح بقدر ما أخرج وإلا فلا تجوز كما مر للدخول على التفاوت فى الربح .

قوله : [أو من أحدهما] : أى ملك من أحدهما وكراء من الآخر .

قوله : [عمل من الآخر] : المراد به الحرث ، وما فى معناه كعزق الأرض لا السقى والحصاد والدراس ، لأنه مجهول فمتى شرط عليه فسدت الشركة والعرف كالشرط ، وليس للعامل عند شرط هذا الزائد إلا أجرة عمله ، وأما لو تطوع بزائد عن الحرث وما فى معناه بعد العقد فذلك جائز ، وما ذكرناه من عدم جواز اشتراط الحصاد والدراس وما معهما هو قول سحنون ، وصححه ابن الحاجب والتونسى ، وعن ابن القاسم : المراد بالعمل الحرث والحصاد والدراس فيجوز اشتراطها على العامل كما يؤخذ من (بن) .

قوله : [راجع للثلاثة مسائل] : المناسب حذف التاء .

قوله : [وحصد ودرس] : هذا مرور على قول ابن القاسم المتقدم .

غيره — وتسمى : مسألة الخماس — (لا) إن عقد بلفظ (الإجَارَةِ) : لأنها إجارة بأجر مجهول وهى فاسدة (أو أطْلَقَا) : أى لم يقيدا بلفظ شركة ولا إجارة (فَتَفْسُدُ) أيضًا لحمل الإطلاق على الإجارة عند ابن القاسم ، وحمله سحنون على الشركة فأجازها .

وصرح بالفساد — وإن علم من النفى[1] — لأجل أن يشبه فيه قوله :

(كإلغَاءِ أرْضٍ لها بالٌ) من أحدهما (وَتَسَاوَيَا فى غَيْرِها) من بذر وعمل وآلة ؛ فتفسد لعدم التساوى مع إلغاء الأرض ، فإن دفع لربها نصف كرائها جاز لعدم التفاوت . فإن كانت الأرض لا بال لها جاز كما فى المدونة لأن مالا بال له كالعدم .

(أو لأحَدِهِمَا أرْضٌ ولو رَخِيصَةٌ) لا بال لها (وعَمَلٌ) ومن الآخر البذر ، ففاسدة لمقابلة جزء من الأرض ببذر بخلاف مسألة المدونة السابقة فإن فيها التساوى فى الجميع ، فالأرض الرخيصة كالعدم . وهنا الأرض والعمل من جهة والبذر من أخرى فقد قابل بعض الأرض ببعض البذر وإنْ رخيصة .

قوله : [لا إن عقدا بلفظ الإجارة] : شروع فى ذكر المسائل الفاسدة .

قوله : [أو أطلقا] : أى أو عقد بالإطلاق فهو عطف على الإجارة باعتبار المعنى فلا يقال إن فيه عطف الفعل على الاسم غير المشابه للفعل .

قوله : [على الإجارة] : أى وهى إجارة بجزء مجهول القدر .

قوله : [وإن علم من النفى] : أى فى قوله لا الإجارة أو أطلقا .

قوله : [أو لأحدهما أرض ولو رخيصة] هذه رابعة المسائل الفاسدة ، وبقى ما إذا أخرج أحدهما الأرض وبعض البذر ، والآخر العمل وبعض البذر ، ويأخذ العامل من الربح أنقص من نسبة بذره ، وبقى ما إذا كان كل من البذر والأرض لكل منهما والعمل من أحدهما ومنعها للتفاوت وما إذا تساويا فى الجميع وأسلف أحدهما البذر فيمنع للسلف بمنفعة .

قوله : [لمقابلة جزء من الأرض ببذر] : المناسب قلب العبارة بأن يقول جزء من البذر بأرض .

قوله : [فقد قابل بعض الأرض] : المناسب حذف بعض .

---

[1] النفى فى قوله : « لا الإجارة » .

وقال سحنون بالجواز فى الرخيصة وصوّب ابن يونس الأول وهو قول ابن عبدوس فحق قوله على الأصح على الأرجح .

• (ثُمَّ إنْ فَسَدَتْ) المزارعة لفقد شرط أو وجود مانع ؛ كما لو تلفظا بالإجارة أو أطلقا فى مسألة الخماس أو كاللتين بعدها ؛ فإما أن يقع العمل منهما أو ينفرد به أحدهما ؛

فإن وقع منهما (وعَمِلا مَعاً) وكان البذر لأحدهما وللآخر الأرض (فَبَيْنَهُمَا) الزرع (وَتَرَادَّا غَيْرَهُ) فعلى صاحب البذر نصف كراء أرض صاحبه وعلى صاحب الأرض لرب البذر نصف مكيلة الزرع .

(وإلاّ) يعملا معاً بل انفرد أحدهما بالعمل ، وله مع عمله إما الأرض وإما البذر – وعلى كل حال فهى فاسدة – (فللْعَامِلِ) الزرع وحده (إنْ كانَ له) مع عمله (أرْضٌ أو بَذْرٌ أو بعضُ كُلٍّ) منهما بأن كانت الأرض بينهما أو البذر أو هما والعمل فى كل من أحدهما . وعلة الفساد التفاوت .

(وعَلَيْهِ) : أى العامل الذى حكم له بجميع الزرع (مِثْلُ البَذْرِ) إذا كان له مع عمله الأرض وكان البذر من صاحبه أو بعض الأرض ؛ كما لو كانت الأرض بينهما وأخرج صاحبه البذر فقد قابل بعض البذر بعض الأرض فالزرع للعامل وعليه مثل البذر لصاحبه .

(أو) عليه (الأُجْرَةِ) : أى أجرة الأرض أو البقر المنفرد به الآخر إن كان له مع عمله بذر وكانت الأرض أو مع البقر لصاحبه .

قوله : [أو وجود مانع] : عطف لازم على ملزوم وقوله كما لو تلفظ بالإجارة إلخ مثال لهما .

قوله : [نصف مكيلة الزرع] : صوابه البذر .

قوله : [فقد قابل بعض البذر بعض الأرض فالزرع للعامل] : هذا التفريع راجع لما إذا كانت الأرض كلها من عند العامل والبذر كله من عند غيره ولم يفرع على ما إذا كانت الأرض بينهما وهو أنه يقال قد قابل البذر العمل وإنما فسدت للتفاوت .

و « أو » فى قولنا : « أو أجرة » لمنع الخلوّ . فتجوز الجمع كما لوكان كل من الأرض والبذر بينهما والعمل على أحدهما ففاسدة للتفاوت فالزرع للعامل ، وعليه لصاحبه أجرة أرضه ومثل بذره .

والأرض الخراجية — كأرض مصر — يراعى فيها أجرة المثل بعد إخراج مال الديوان .

ومفهوم قولنا : « إن كان له » إلخ أنه إذا لم يكن للعامل بذر ولا أرض بل كان له عمل يده فقط . كما فى مسألة الخماس إذا عقداها بلفظ الإجارة أو أطلقا — فلا يكون له شىء من الزرع ، وإنما يكون له أجرة عمله فقط والزرع لرب الأرض والبذر . فرجع الأمر إلى ما هو المعتمد من الأقوال الستة ؛ وهو قول ابن القاسم واختاره ابن المواز : أن الزرع فى الفاسدة لمن اجتمع له شيئان من أصول ثلاثة البذر والأرض والعمل .

(ولَوْ كَانُوا) : أى الشركاء (ثَلَاثَةً) فأكثر ؛ (فالزَّرْعُ لِمَنْ لَهُ شَيْئَانِ) منها ؛ (تَعَدَّدَ) من له الشيئان (أو انْفَرَدَ) . فإن انفرد فظاهر وإن تعدد كان بينهما أو بينهم وأعطى لمن انفرد شىء مثل بذره إن كان ما انفرد به بذراً أو أجره إن كان غير بذر .

(فَلَوِ انفَرَدَ كلٌّ) منهم (بشَىءٍ) واحد من الأصول الثلاثة (فَبَيْنَهُمْ) الزرع أثلاثاً كما لو كان لكل منهم شيئان (اهـ) مذهب ابن القاسم .

القول الثانى : أن الزرع لصاحب البذر ، وعليه لأصحابه أجر ما أخرجوه .

الثالث لابن حبيب : أن الشركة إن فسدت للمخابرة — أى كراء الأرض بما

قوله : [وأو فى قولنا أو أجرة] : المناسب أو الأجرة .

قوله : [فرجع الأمر إلى ما هو المعتمد] إلخ : لا يظهر موافقته لقول ابن القاسم فى جميع الصور ، بل يخالفه فيما إذا لم ينفرد صاحب العمل بشيئين فإن مقتضى ما تقدم يكون الزرع لصاحب العمل ، ومقتضى المنسوب لابن القاسم يكون لمن اجتمع له الشيئان مطلقاً كما هو صريح المصنف بعد .

قوله : [لمن له شيئان منها] : أى من الأصول الثلاثة .

يخرج منها — فالزرع لرب البذر وإن فسدت لغيرها كان بينهم على ما شرطوا وتعادلوا فيما أخرجوه .

الرابع : أن الزرع لصاحب عمل اليد ولو انفرد به وعليه لأصحابه ما أخرجوه من بذر أو أرض .

الخامس : لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء؛ أرض وبذر وعمل يد وبقر .

السادس : لمن له شيئان من ثلاثة أشياء ؛ أرض وبقر وعمل .

وكلام الشيخ مع إجماله قاصر فينبغى حله بما لابن القاسم ، والله أعلم بالصواب .

قوله : [فالزرع لرب البذر] : أى كان معه غيره أولا .

قوله : [على ما شرطوا] : أى اجتمع لكل واحد شيئان أولا .

قوله : [ولو انفرد به] : أى هذا إذا صحب عمل اليد شىء آخر من بقر أو بذر أو أرض بل ولو انفرد به .

قوله : [لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء] : أى فإذا كانوا ثلاثة مثلا واجتمع لكل واحد منهم شيئان من هذه الأربعة فإنهم يشتركون .

قوله : [السادس لمن له شيئان] : وقد نظم ابن غازى تلك الأقوال بقوله :

الزرع للعامل أو للباذر في فاسد أو لذوى المخابر
ومن له حرفان من إحدى الكلم عاب وعاث ثاعب يامن فهم

والمراد بالمخابر هنا : الذى يعطى أرضه بما يخرج منها وإلا عين للعمل ، والألفات للأرض ، والباآن للبذر ، والثاآن للثيران . فقوله « عاب » إشارة للقول الأول ، « وعاث » للقول السادس ، و « ثاعب » للقول الخامس .

قوله : [فينبغى حله بما لابن القاسم] : قد علمت أن حمله على كلام ابن القاسم بعيد لأن كلام مصنفنا نظير كلام خليل .

باب

فى الوكالة وأحكامها

● (الوَكَالَةُ) : بفتح الواو وكسرها : وهى لغة الحفظ والكفالة والضمان والتفويض .

يقال : وكلت أمرى لفلان فوضته إليه . وشرعاً : ما أشار له بقوله : « نيابة » إلخ .

● أركانها أربعة :

موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ، وصيغة ؛ تعلم من قوله :

* (نِيَابَةٌ) : وهى تستلزم منيباً ومناباً .

* (فى حَقٍّ) من الحقوق المالية أو غيرها كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى؛ كأنه قال: نيابة شخص لغيره فى حق؛ وهذا إشارة إلى الموكل فيه، وستأتى الصيغة فى

باب :

لما كان بين الوكالة والشركة مناسبة من جهة أن فيها وكالة أتبعها بها .

قوله : [موكل] : أى وهو صاحب الحق .

وقوله :[ووكيل] فعيل بمعنى فاعل أى متوكل ، أو بمعنى مفعول .

وقوله :[وموكل فيه] : أى وهو الحق الذى يقبل النيابة .

قوله : [تعلم] : أى تلك الأركان .

قوله : [منيباً ومناباً] أى موكلا ووكيلا .

قوله: [من الحقوق المالية أو غيرها]: أى كالتعازير فالمدار على كونه يقبل النيابة.

قوله :[كأنه قال نيابة شخص] إلخ: أى فنيابة مصدر منون حذف فاعله على حد : (أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ ، يَتِيماً)[1] وحذفه قياسى لقول بعضهم :

---

(١) سورة البلد آيتا : ١٤ ، ١٥ .

قوله : « بما يدل » :

(غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ) تلك النيابة (بِمَوْتِهِ) : أى النائب : خرج به الوصية (ولا إمَارَة) : عطف على « غير » كأنه قال : وغير إمارة ، خرج به نيابة السلطان أميراً أو قاضياً أو نيابة القاضى قاضياً فى بعض عمله ؛ فلا تسمى وكالة عرفاً .

ومثّل للحق بقوله :

(كَعَقْدٍ) لنكاح أو بيع أو إجارة أو غير ذلك فيجوز توكيل الغير فيه (وفَسْخٍ) لعقد مما ذكر إذا جاز كعقد مزارعه قبل البذر أو ولى سفيه أو سيد النكاح أو بيع وشمل الطلاق والإقالة والخلع (وأداءٍ) لدين (أو قَضَاءٍ) له

عند النيابة مصدر وتعجب ومفرغ ينقاس حذف الفاعل

قوله : [أى النائب] : صوابه أى ذى الحق .

قوله : [خرج به الوصية] : أى لأنه لايقال فيها عرفاً وكالة ولذا فرقوا بين فلان وكيل ووصى .

قوله : [خرج به نيابة السلطان أميراً] : أى وهى النيابة العاملة .

وقوله : [أو نيابة القاضى قاضياً] : أى وهى النيابة الخاصة .

قوله : [كعقد لنكاح] : لكن إن كان الموكل الزوج جاز ولو صبياً أو امرأة ، وأما إن كان الموكل الزوجة فيشترط فيه شروط الولى كما تقدم فى النكاح .

قوله : [لنكاح أو بيع] : راجع لولى السفيه أو السيد .

قوله : [وشمل الطلاق] : أى يدخل الطلاق فى الفسخ بناء على أن المراد بالفسخ مطلق الحل ، وفى (شب) أنه داخل فى العقد فعلى كل حال يجوز التوكيل على الطلاق ، وإن كانت المرأة وقت عقد التوكيل حائضاً فإن أوقعه الوكيل حالة الحيض جرى على حكم المطلق فيه .

قوله : [وأداء لدين] : أى بأن يوكل من عليه الدين شخصاً يؤديه عنه لأربابه .

وقوله : [أو قضاء له] : المناسب أو اقتضاء له بأن يوكل شخصاً يقبضه

(وعُقوبَة) لمن له ذلك من أمير أو سيد أو زوج ، وشملت التعازير والحدود فيجوز التوكيل فيها (وحَوَالَة) فيجوز أن يوكل من يحيل غريمه على مدين له (وإبْرَاء) من حق (وإنْ جَهِلَه) : أى الحق (الثَّلاثُ) : الموكل والوكيل ومن عليه الحق ؛ كأن يوكل إنسانًا فى إبراءة دمة من عليه حق من مال أو غيره والإبراء هبة وهى تجوز بالمجهول (وحَجٍّ) : بأن يوكل من يحج عنه غير الفريضة أو من يستنيب له من يحج عنه . وكذا الهبة والصدقة والوقف وقبض حق وكل ما يقبل النيابة .

* (لا فى) ما لا يقبلها من الأعمال البدنية نحو (يَمِين) فلا يصح توكيل من يحلف عنه (وصَلاَة) فلا يصح توكيل من يصلى عنه فرضا أو نفلا ،

ممن هو عليه وبقاء القضاء على ما هو عليه يكون عين الأداء فيكون غير مفيد شيئاً .

قوله : [وشملت التعازير] : أى فللإمام أن يوكل من يباشر ذلك نيابة عنه .

قوله : [وحوالة] : زاد ابن شاس وابن الحاجب التوكيل فى الحمالة ، وفسر ذلك ابن هرون بأن يوكله على أن يتكفل لفلان بما على فلان ، وقد كان التزم لرب الدين الذى على فلان أن يأتيه بكفيل عنه .

قوله : [وهى تجوز بالمجهول] : أى عندنا خلافاً للسادة الشافعية .

قوله : [وحج] : أى فتصح النيابة فيه وإن كان مكروهاً لقول خليل فى باب الحج ، ومنع استنابة صحيح فى فرض وإلا كره .

قوله : [وقبض حق] : أى ديناً أو أمانة فهو أعم من قوله فيما تقدم ، أو قضاء له .

قوله : [وكل ما يقبل النيابة] : أى بناء على تساوى النيابة والوكالة .

قوله : [فلا يصح توكيل من يحلف عنه] : اعلم أن الفعل الذى طلبه الشارع فى الشخص ثلاثة أقسام : الأول : ما كان مشتملا على مصلحة منظور فيها لخصوص الفاعل ، وهذا لاتحصل مصلحته إلا بالمباشرة ، وتمنع النيابة قطعاً ؛ وذلك كاليمين والدخول فى الإسلام والصلاة والصيام ووطء الزوجة ونحو ذلك ؛ فإن مصلحة اليمين الدلالة على صدق المدعى وذلك غير حاصل بحلف غيره ، ولذلك يقال :

بخلاف توكيل غيره فى الإمامة بمحل يؤم فيه الناس أو يخطب عنه فيجوز .

(و) لا فى (مَعْصِيَةٍ ؛ كَظِهَارٍ) : فلا يوكل من يظاهر عنه زوجته ولا يلزمه شىء . وكذا سائر المعاصى : فمن أمر غيره أن يشترى له خمراً أو يقتل نفساً بغير حق أو يغصب أو يسرق ونحو ذلك فلا يقال له نيابة ، ويقال له أمر . ومن قال لغيره : افعل لى ما يجوز ،ك : اسرق لى مالى الذى بيد فلان

ليس فى السنة أن يحلف أحد ويستحق غيره ، ومصلحة الدخول فى الإسلام إجلال الله وتعظيمه وإظهار العبودية له ، وإنما تحصل من جهة الفاعل وكذا الصلاة والصيام ومصلحة الوطء الإعفاف ، وتحصيل ولد ينسب إليه وذلك لا يحصل بفعل غيره . الثانى : ما كان مشتملا على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو ، وهذا لا يتوقف حصول مصلحته على المباشرة وحينئذ فتصح فيه النيابة قطعاً وذلك كرد العوارى والودائع والمغصوبات وقضاء الديون وتفريق الزكاة ونحوها . فإن مصلحة هذه الأشياء إيصال الحقوق لأهلها بنفسه أو بغيره ، فلذلك يبرأ من كانت عليه بالوفاء وإن لم يشعر. الثالث : ما كان مشتملا على مصلحة منظور فيها لجهة الفعل ولجهة الفاعل وهو متردد بينهما .

واختلف العلماء فى هذا بأيهما يلحق؟ وذلك كالحج فإنه عبادة معها إنفاق مال ، فمالك ومن وافقه رأوا أن مصلحته تأديب النفس وتهذيبها وتعظيم شعائر الله فى تلك البقاع وإظهار الانقياد إليه ، وهذا أمر مطلوب من كل قادر فإذا فعله إنسان عنه فاتت المصلحة التى طلبها الشارع منه ، ورأوا أن إنفاق المال فيه أمر عارض بدليل أن المكى يحج بلا مال فقد ألحقوه بالقسم الأول لأن هذه المصالح لاتحصل بفعل الغير عنه ، ولذا كان لايسقط الفرض عمن حج عنه ، وإنما له أجر النفقة والدعاء ، والشافعى وغيره رأوا أن المصلحة فيه القربة المالية التى لاينفك عنها غالباً فألحقوه بالقسم الثانى (اه ملخصاً من بن) .

قوله : [فى الإمامة] : اعلم أن الأذان والإمامة وقراءة القرآن والعلم بمكان مخصوص تجوز فيها النيابة حيث لم يشترط الواقف عدم النيابة فيها ، فإن شرط الواقف عدمها وحصلت نيابة لم يكن المعلوم للأصل لتركه ولا للنائب لعدم تقرره فى الوظيفة أصالة ، وإن لم يشترط الواقف عدم النيابة فالمعلوم لصاحب الوظيفة

أو : اغصبه لى منه ، أو : اقتل لى من قتل أبى الثابت شرعاً ؛ سمى نيابة ووكالة .

وتنفرد النيابة عن الوكالة في ذى إمرة نَيَّبَ غيره فى إمارة أو قضاء — كذا ذكره بعضهم .

* (وَلا يَجُوزُ أكْثَر مِنْ) توكيل (وَاحِد فى خُصُومة) : لما فيه من كثرة النزاع (إلا برضَا الخَصْم) : فيجوز الأكثر كما يجوز الواحد مطلقاً إلا لعداوة بين الوكيل والخصم لما فيه من الإضرار (كَأَنْ قَاعَدَهُ) : أى قاعد خصمه عند الحاكم (ثَلاثًا) : أى ثلاث مجالس ولو فى يوم واحد فليس له أن يوكل أحداً يخاصم عنه خصمه ؛ لأن شأن الثلاثة مجالس انعقاد المقالات بينهما وظهور الحق ، فالتوكيل حينئذ يوجب تجديد المنازعة وكثرة الشر (إلا لعُذْر) من مرض أو سفر فله حينئذ التوكيل . ومن العذر حلفه أن لا يخاصمه لكونه ألد الخصام ، لا إن حلف لغير موجب .

* (بِمَا يَدُلُّ عُرْفًا) متعلق بقوله : « نيابة فى حق » وهذا هو الركن الرابع من أركانها .

والدالّ عرفًا أعم من أن يكون لفظًا أو غيره ككتابة أو إشارة قال بعضهم :

المقرر فيها وهو مع النائب على ما تراضيا عليه من قليل أو كثير كانت الاستنابة لضرورة أو لا كما قاله المنوفى واختاره (بن) والأجهورى .

قوله : [وتنفرد النيابة عن الوكالة] إلخ : اعلم أنه اختلف ، فقيل : إن النيابة مساوية للوكالة وهو لابن رشد وعياض ، فكل ما صحت فيه النيابة تصح فيه الوكالة . وقيل : النيابة أعم فليس كل ما صحت فيه النيابة تصح فيه الوكالة كالإمرة كما قال الشارح .

قوله : [فليس له أن يوكل أحداً] : أى إلا برضاه .

قوله : [لأن شأن الثلاثة مجالس انعقاد المقالات] : ظاهره جواز التوكيل فى أقل منها وهو مقتضى كلام المتيطى . لكن قال فى المقدمات : المرتان كالثلاث على المشهور فى المذهب كذا فى (بن) .

قوله : [لا إن حلف لغير موجب] : أى فلا يكون عذراً يبيح له التوكيل بل يتعين أن يخاصم بنفسه ويحنث فى يمينه إلا أن يرضى خصمه بتوكيله .

أو عادة كتصرف الزوج لزوجته فى مالها وهى عالمة ساكتة أو تصرف لإخوته كذلك فإنه محمول على التوكيل فيمضى فعله والقول قوله حتى يثبت المنع للمتصرف من رب المال ولا بد من قبول الوكيل .

(لا بِمُجَرَّدِ : وَكَّلْتُكَ) أو : أنت وكيلى ، فإنه لا يفيد ، وتكون وكالة باطلة وهو قول ابن بشير . وقال ابن يونس : تفيد وتعم . وعلى قول ابن بشير درج الشيخ .

ولذا قال : (بل حَتَّى يُفَوِّضَ) للوكيل بأن يقول الموكل وكلتك وكالة مفوضة أو فى جميع أمورى أو فى كل شىء ونحو ذلك .

(أو يُعَيِّنَ) له (بِنَصٍّ أو قَرِينَةٍ) فى شىء خاص كنكاح أو بيع أو شراء لخاص أو عام .

● (وَلَهُ) : أى الوكيل (فى) توكيله على (البَيْعِ : طَلَبُ الثَّمَنِ) من المشترى (وقَبْضِهِ) منه لأنه من توابع البيع الذى وكل عليه .

قوله : [أو تصرف لإخوته كذلك] : أى كما قال ابن ناجى فى ربع بين أخ وأخت ، وكان الأخ يتولى كراءه وقبضه سنين متطاولة وادعى أنه كان يدفع لأخته ما يخصها فى الكراء ، فإن القول قوله لأنه وكيل بالعادة .

قوله : [وتكون وكالة باطلة] : أى فى كل ما أبهم فيه الموكل عليه بخلاف أنت وصيى فإنها صحيحة وتعم كل شىء .

قوله : [وقال ابن يونس تفيد وتعم] : أو ووافقه ابن رشد فى المقدمات قال : وهو قولهم فى الوكالة إن قصرت طالت وإن طالت قصرت ، فعلى القول الأول فرق ابن شاس بينها وبين الوصية بوجهين . أحدهما : العادة قال : لأنها تقتضى عند إطلاق لفظ الوصية التصرف فى كل الأشياء ولا تقتضيه فى الوكالة ويرجع إلى اللفظ وهو محتمل . الثانى : أن الموكل مهيأ للتصرف فلا بد أن يبقى لنفسه شيئاً فيفتقر لتقرير ما أبقى والوصى لا تصرف له بعد الموت فلا يفتقر لتقريره (اهـ . بن) .

قوله : [وله أى للوكيل] إلخ : «اللام» بمعنى «على» لقول خليل فى التوضيح : لو سلم الوكيل المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه (اهـ) وهذا حيث لا عرف بعدم طلبه وإلا لم يلزمه بل ليس له حينئذ قبضه ، ولا يبرأ المشترى بدفع الثمن إليه . قال

(و) له (فى) توكيله على (الشِّرَاءِ : قَبْضُ الْمَبِيعِ) من بائعه وتسليمه لموكله .

(و) له (رَدُّهُ) : أى المبيع (بِعَيْبٍ) ظهر فيه (إِنْ لَمْ يُعَيِّنْهُ مُوَكِّلُهُ) . فإن عينه بأن قال له : اشتر لى هذه السلعة أو سلعة فلان الفلانية ، فلا رد للوكيل بعيب ظهر فيها . وهذا فى غير الوكيل المفوض وإلا فله الرد ولو عين له .

● (وَطُولِبَ) الوكيل (بِالثَّمَنِ) لسلعة اشتراها لموكله (وَبِالثَّمَنِ) الذى باعه لموكله على بيعه (إلا أَنْ يُصَرِّحَ) الوكيل (بِالْبَرَاءَةِ) من ذلك، بأن يقول: ولا أتولى دفع الثمن لك ، أو لا أتولى دفع المثمن فلا يطالب وإنما يطالب بالثمن أو المثمن موكله .

وَشُبِّهَ فى مفهوم (إِلاَّ أَنْ كَـ : بَعَثَنِى) : أى كقوله لبائع : بعثنى (فُلاَنٌ لِتَبِيعَهُ) كذا فباعه ، فلا يطالب بالثمن ، (بِخِلاَفِ) : بعثنى (لأَشْتَرِىَ لَهُ مِنْكَ) كذا فيطالب الرسول إلا أن يعترف المرسل بأنه أرسله فليتبع أيهما شاء ، كما فى الحطاب عن التوضيح . والفرق بين هذه والتى قبلها : أنه فى هذه أسند الشراء لنفسه وفيما قبلها أسنده لغيره، ولذا لو قال : لتبيعنى ، كان الطلب على الرسول .

المتيطى نقلا عن أبى عمران : ولوكانت العادة عند الناس فى الرباع أن وكيل البيع لايقبض الثمن فإن المشترى لا يبرأ بالدفع للوكيل الذى باع ، وإنما يحمل هذا على العادة الجارية بينهم(اهـ . بن) .

قوله : [قبض المبيع] : أى عليه أيضاً قبض المبيع حيث يجب عليه دفع الثمن وهو الذى لم يصرح بالبراءة من الثمن كما يأتى .

قوله : [وله رده] : قد علمت أن اللام بمعنى على أى يجب على الوكيل أن يرد المعيب إذا كان لايعلم بالعيب حال شرائه ولم يكن ظاهراً لغير المتأمل وإلا فلا رد له ، ويكون لا زماً للوكيل إن لم يقبله الموكل .

قوله : [وشبه فى مفهوم إلا] : هكذا نسخة المؤلف وصواب العبارة وشبه فى مفهوم إلا أن يصرح بالبراءة كبعثنى إلخ .

* (و) طولب الوكيل (بالعُهْدَةِ) من عيب فيما باعه لموكله أو استحقاق (مَا لَمْ يَعْلَمِ المُشْتَرِي) بأنه وكيل ، وإلا فالطلب على الموكل .

(إلا المُفَوَّضَ) فالطلب عليه ولو علم المشترى أنه وكيل .

● (وفَعَلَ) الوكيل (المصْلَحَةَ) وجوباً أى يتعين عليه أن يفعل ما فيه المصلحة لموكله (فَيَتَعَيَّنُ) عليه فى التوكيل المطلق فى بيع أو شراء (نَقْدُ البَلَدِ) من ذهب أو فضة .

(و) شراء (لائِقٍ) بموكله وإلا لم يلزم الموكل (وثَمَنُ المِثْلِ) .

(وإلا) لم يلزم الموكل و (خُيِّرَ) فى القبول والرد إلا أن يكون شيئاً يسيراً يقع التغابن به بين الناس فلا كلام للموكل .

* (كصَرْفِ ذَهَبٍ) دفعه الموكل للوكيل ليسلمه له فى طعام أو غيره أو يشترى له به شيئاً فصرفه (بفضةٍ) وأسلمها أو اشترى بها فيخير الموكل بين القبول والرد فى غير السلم مطلقاً ، وفى السلم إن قبضه الوكيل لا إن لم يقبضه فيتعين

قوله : [وطولب الوكيل بالعهدة] : أى فإذا باع الوكيل سلعة وظهر بها عيب أو حصل فيها استحقاق رجع المشترى على الوكيل .

قوله : [ما لم يعلم المشترى بأنه وكيل] : أى كالسمسار وما لم يحلف الوكيل أنه كان وكيلا فى البيع فقط .

قوله : [إلا المفوض فالطلب عليه] : أى فللمشترى الرجوع عليه أو على موكله فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء كالشريك المفوض .

قوله : [فى التوكيل المطلق] : المراد بإطلاقه عدم ذكر نوع الثمن أو جنسه عنده .

قوله : [نقد البلد] أى الذى وقع به البيع أو الشراء سواء وقع التوكيل فيه أو فى غيره .

قوله : [وثمن المثل] : أى فإذا وكله على بيع سلعة فلابد من بيعها بثمن مثلها لا بأقل ، وإذا وكله على شراء سلعة فلابد من شرائها بثمن مثلها لا بأكثر ، ومحل تعين ثمن المثل إذا كان التوكيل على البيع أو الشراء مطلقاً لم يسم له ثمناً فإن سماه تعين .

قوله : [وخير فى القبول والرد] : محل الخيار إذا كانت المخالفة لا نزاع فيها ، وأما لو أنكر الوكيل المخالفة فهل يكون القول قول الموكل وهو الذى جزم به بعضهم .

وليس له الإجازة لما فيه من فسخ الدين فى الدين وبيع الطعام قبل قبضه إن كان طعاماً وقيل التخيير إنما هو بعد القبض فى السلم وغيره لا بعده لجريان العلة المذكورة ، فتأمله .

(إلاَّ أنْ يَكُونَ الشَّأنُ) هو الصرف أو كان نظراً فلا خيار للموكل قال فى المدونة : إن دفعت إليه دنانير يسلمها فى طعام فلم يسلمها حتى صرفها بدراهم فإن كان هو الشأن فى تلك السلعة أو كان نظراً فذلك جائز ، وإلا كان متعدياً وضمن الدنانير ولزمه الطعام (ا هـ) . لكنه لا خصوصية للسلم ولا للطعام كما صرحوا به .

(ومُخَالَفَةِ مُشْتَرًى) عطف على « صرف » . ومشترًى بفتح الراء اسم مفعول : أى وكمخالفة الوكيل موكله فى مشترى (عَيْنٍ) للوكيل بأن قال له : اشتر لى هذا الشىء فاشترى غيره، أو قال له : اشتر لى حماراً فاشترى ثوباً .

(أو) مخالفة (سُوقٍ) عين (أو زمَانٍ) عين فيخير الموكل بين القبول والرد لأن تخصيصه معتبر .

قوله : [لما فيه من فسخ الدين فى الدين] : أى لأنه بمجرد مخالفة الوكيل ترتب الثمن فى ذمته ديناً وقد فسخ ذلك فى مؤخر وهو المسلم فيه .

قوله : [وبيع الطعام قبل قبضه] إلخ : إنما لزم ذلك لأن الطعام لزم الوكيل بمجرد شرائه بالدراهم المخالفة لنقد الموكل ، فإذا رضى الموكل بذلك فكأن الوكيل باعه الطعام قبل قبضه من المسلم إليه .

قوله : [وقيل التخيير] إلخ : مقابل الإطلاق المتقدم .

وقوله : [لا بعده] : صوابه لا قبله .

قوله : [إلا أن يكون الشأن] : أى عادة الناس شراء تلك السلعة الموكل على شرائها بالدراهم أو سلم الدراهم فيها .

وقوله : [أو كان نظراً] : أى أو كان صرف الدنانير بالدراهم فيه مصلحة للموكل كما لو كانت الدنانير تنقص فى الوزن فيتعلل عليها البائع مثلا .

قوله : [بفتح الراء] : ويصح كسرها أيضاً كما إذا قال له لا تبع هذه السلعة إلا من فلان فلا يبيع لغيره فإن باع لغيره خير الموكل .

(أوْ بَاعَ) الوكيل (بأقَلَّ مما سَمَّى) له الموكل ولو يسيراً فيخيّر (أو اشتَرَى) لموكله بأكثر مما سمى له أو من ثمن المثل كثيراً ، فيخير لا يسيرا لأن شأن الشراء الزيادة لحصول المطلوب ، ولذا استثنى اليسير بقوله :

(إلاَّ) زيادة (كَدِينَارَيْنِ) في تسمية (أَرْبَعِين) ديناراً فيلزم ولا خيار ؛ فاليسارة نصف العشر كواحد في عشرين وثلاثة في ستين . واعتبر بعضهم قيد الكثرة في الشراء والبيع معاً فلا خيار في المخالفة باليسير حتّى في الشراء ، وما ذكرناه هو المعتمد .

● (و) حيث خالف الوكيل في شيء مما ذكر وثبت للموكل الخيار (لَزِمَهُ) أي الوكيل (مَا اشْتَرَى إنْ رَدَّهُ مُوَكِّلُهُ) . وليس للوكيل رد المبيع على بائعه إلا أن يعلم البائع بأنه وكيل قد خالف موكله بشيء مما تقدم أو يكون له الخيار ولم تمض أيام الخيار ، وسواء كان الخيار للبائع أيضًا أم لا كما تقدم ، في الخيار. ولا وجه للتنظير فيه وفي الأصل هنا مسائل حسنة فراجعها .

قوله : [لأن شأن الشراء الزيادة] : علة للفرق بين البيع والشراء .

قوله : [حتّى في الشراء] : هكذا نسخة المؤلف والصواب حتّى في البيع لأن الشراء يغتفر فيه الزيادة اليسيرة اتفاقاً .

قوله : [وما ذكرناه هو المعتمد] : أي من اغتفار اليسير خاص بالشراء لا بالبيع .

قوله : [وحيث خالف الوكيل] إلخ : يحتمل أنها شرطية فالفعل في محل جزم والجزم بها بدون ما قليل ، ويحتمل أن تكون ظرف زمان معمولة للزم وهو الأحسن .

قوله : [وسواء كان الخيار للبائع أيضاً أم لا] إلخ : أي فإن كان الخيار لهما واختار أحدهما الرد فقد تقدم في باب الخيار أن الحق لمن اختار الرد منهما كان البائع أو المشتري ، ولايلزم إلا برضاهما .

قوله : [وفي الأصل هنا مسائل حسنة فراجعها] : من ذلك ما لو اشترى الوكيل معيباً مع علمه به فيلزمه إن لم يرض به الموكل أو يقلّ العيب وهو فرصة ؛ كدابة مقطوعة ذنب لغير ذي هيئة وهي رخيصة ، أو زاد الوكيل في الثمن الذي

● (ومُنِعَ تَوْكِيلُ كَافِرٍ) ، وهو أعم من الذمى (فى بَيْعٍ) لمسلم (أو شِرَاءٍ) له (أو تَقَاضٍ) لدين ونحوه كغلة وقف

سماه له والتزم لتلك الزيادة فيلزم الموكل أيضاً ، كذلك يلزم الموكل لو زاد الوكيل فى بيع سلعة عما سماه له أو نقص فى الشراء سلعة عما سماه له أو أعطاه دراهم يشترى بها فاشترى فى الذمة ونقدها أو عكسه إلا أن يكون للآمر غرض فى تعيين الدراهم بالنسبة للأولى ، أو فى عدمه بالنسبة للثانية فله الخيار ، وكذلك لا يكون له الخيار إن أمره أن يشترى شاة بدينار فاشترى به اثنتين على الصفة أو إحداهما فى عقد واحد إن أبى البائع من بيع إحداهما مفردة وإلا خيِّر الموكل فى رد إحداهما إن كان كل على الصفة ، أو فى رد التى ليست على الصفة ، ومن ذلك لو وكلته على أن يسلم لك فى شىء فعقد السلم وأخذ من المسلم إليه حميلا أورهناً من غير أن تأمره به فلا خيار لك إن أخذ الرهن أو الحميل بعد العقد ، ويكون الرهن فى ضمانه قبل علمك به ورضاك . واختلف إذا أمره بالبيع بالذهب فباع بفضة وعكسه هل يثبت للموكل الخيار أولا ؟ قولان . إذا كان نقد البلد والسلعة مما تباع بهما واستوت قيمة الذهب والدراهم ، وإلا خير قولا واحداً . ولو حلف الشخص على شىء أنه لا يفعله فركل على فعله ، كما إذا حلف لا يشترى عبد فلان أو لا يضرب عبده أو لا يبيعه مثلا ، فأمر غيره بفعل ذلك ، فإنه يحنث ،إلا أن ينوى أنه لا يفعله بنفسه. هذا إذا حلف بالله أو بعتق غير معين ، وأما إن كان بطلاق أو بعتق معين ورفع للقاضى فلا يقبل منه نية ويقع عليه الطلاق ويلزمه العتق (اهـ ملخص ما أحال عليه) .

قوله : [توكيل كافر] : من إضافة المصدر لمفعوله والفاعل محذوف بينه فيما يأتى بقوله لمسلم فإنه متعلق بتوكيل .

قوله : [فى بيع لمسلم] : أى وأما توكيل الكافر لكافر فإن كان على استخلاص دين له من مسلم منع لأنه ربما أغلظ عليه وشق عليه ، وإن كان على غير ذلك فلا منع . فإن قلتَ : إن العلة جارية حتى فى الأصيل . قلتُ : نعم لكن التوكيل فيه تسلط كافرين بخلاف عدمه فإنه لا تسلط فيه إلا لصاحب الحق .

قوله : [كغلة وقف] : بيان للنحو .

أو خراج على مسلم ، لأنه لا يتحرى الحلال ولا يعرف شرط المعقود عليه من ثمن ومثمن . وظاهره : ولو رضى من يتقاضى منه الحق ، وهو كذلك لحق الله تعالى وربما أغلظ على من يتقاضى منه الحق « وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا »[1] .

(و) منع توكيل (عَدُوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ) ولو عدواً فى الدين كيهودى على نصرانى وعكسه لما فيه من العنت وزيادة الشر ؛ إلا أنه يجوز توكيل مسلم على ذمى بخلاف العكس .

• (و) منع لوكيل وكّل على بيع شىء (شِرَاؤُهُ لِنَفْسِهِ) ما وكل على بيعه ويوقف على إجازة موكله ولو سمى له الثمن لاحتمال الرغبة فيه بأكثر إلا أن تنتهى فيه الرغبات .

(و) شراؤه ما وكل على بيعه (لِمَحْجُورِهِ) من صغير أو سفيه أو رقيق

قوله : [أو خراج] : من ذلك ما اجتمع عليه الملتزمون فى قطر مصر من تولية الكتبة على الخراج من أهل الذمة فإنه ضلال .

قوله : [على مسلم] : مفهومه أنه لو وكله على تقاضيه من كافر فإنه يجوز لأن العلة لا تأتى هنا . فإن قلت إن لم تأت علة الإغلاظ ففيه أن الكافر لايتحرى الحلال فكان مقتضاه المنع من أجل تلك العلة وقصره منع توكيل الكافر فى الأمور الثلاثة التى هى البيع والشراء ، والتقاضى يفيد جواز توكيله فى غيرها كقبول نكاح ودفع هبة وإبراء ووقف وهو كذلك قال والد (عب) : ينبغى إذا وقع البيع أو الشراء أو التقاضى الممنوع على وجه الصحة أن يكون ماضياً .

قوله : [ولو عدواً فى الدّين] : أى عداوة سببها اختلاف الدين .

قوله : [إلا أن تنتهى فيه الرغبات] : حاصله أن المنع مقيد بما إذا لم يكن شراؤه بعد تناهى الرغبات ، وبما إذا لم يأذن له ربه فى البيع لنفسه سواء كان الإذن حقيقياً أو حكمياً كما لو اشتراه لنفسه بحضرة ربه ، وما قيل فى شرائه لنفسه يقال فى شرائه لمحجوره .

قوله : [لمحجوره] : أى بخلاف زوجته وولده الرشيد ورقيقه المأذون له فلا

---

(١) سورة النساء آية ١٤١ .

لأنه مثل الشراء لنفسه (ولو سَمَّى الثَّمَنَ) للوكيل لما تقدم. وقوله: «ولو» إلخ راجع لهما.

(و) منع للوكيل (تَوْكِيله) في شيء وَكِّل فيه لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته (إلاّ أنْ لاَ يَلِيقَ بِهِ): أي بالوكيل تولي ما وكل عليه بأن يكون من ذوي الهيئات ووكل على مستحقر فيجوز توكيله (أو يَكْثُرَ) ما وكل عليه، فيوكل من يعينه على تحصيله لا استقلالا بخلاف الأول. وهذا في غير المفرض، وأما المفوض فلا يمنع أن يوكل على المشهور. ومحل جواز التوكيل فيما إذا كان الوكيل ذو وجاهة لا يليق به البيع أو الشراء لما وكل فيه إن علم الموكل بذلك وكان الوكيل مشهوراً بذلك. ويحمل الموكل على علمه بذلك فلا يصدق إن ادعى عدم العلم. وأما إذا لم يعلم بذلك ولم يشتهر الوكيل به فليس له التوكيل وهو ضامن للمال ويحمل الموكل على عدم العلم إن ادعاه وحيث جاز للوكيل التوكيل فوكل (فَلاَ يَنْعَزِلُ) الوكيل (الثَّاني بِعَزْلِ الأوَّلِ) ولا بموته أي إذا عزل الأصيل وكيله

يمنع شراؤه له لاستقلالهم بالتصرف لأنفسهم إن لم يحاب لهم، فإن حابى منع ومضى البيع وغرم الوكيل ما حابى به والعبرة بالمحاباة وقت البيع.

قوله: [ومنع للوكيل توكيله] إلخ: اختلف إذا وكل الوكيل وكيلا من غير إذن الأصيل وتصرف الوكيل الثاني ببيع أو شراء على طبق ما أمر به الوكيل الأول، فهل يجوز للأصيل إمضاؤه؟ لأنها لم تقع المخالفة فيما أمر به الأصيل، وإنما وقعت في التعدي بالتوكيل، أو لا يجوز له الرضا؟ لأنه بتعدي الأول صار الثمن ديناً في ذمته، فلا يفسخه فيما تصرف فيه الوكيل الثاني، لأنه فسخ دين في دين ما لم يحل الأجل؟ تأويلان في خليل.

قوله: [فيما إذا كان الوكيل ذو وجاهة]: هكذا نسخة الأصل بالواو والمناسب ذا بالألف لأنه خبر كان.

قوله: [إن علم الموكل بذلك]: أي بأنه ذو وجاهة أي كان عالماً بها وقت توكيله.

قوله: [وهو ضامن للمال]: أي فإن وكل في هذه الحالة وحصل في المال تلف ضمنه لتعديه.

فلا ينعزل وكيل الوكيل وينعزل كل منهما بموت الأصيل، وله عزل كل منهما وللوكيل عزل وكيله .

* (و) منع (رِضَاكَ) أيها الموكل (بِمُخَالَفَتِهِ) : أى الوكيل (فِى سَلَمٍ) أمرته به ، بأن أمرته أن يُسْلِم لك فى عرض أو طعام عينته له فأسلم فى غيره فلا يجوز لك أن ترضى بذلك السلم (إنْ دَفَعْتَ له الثَّمَنَ) : أى رأس المال ليسلمه فيما عينته له فخالف وأسلمه فى غيره ، لأنه لما تعدى ضمن الثمن فى ذمته فصار دينًا عليه . فإن رضيت فقد فسخت الدين فيما يتأخر قبضه ، وهو فسخ دين فى دين . ويزاد فى الطعام : بيعه قبل قبضه ، لأنه بتعديه صار الطعام للوكيل وقد باعه للموكل قبل قبضه بالدين الذى صار فى ذمته .

(إلاَّ أنْ تَعْلَمَ) أيها الموكل بتعديه (بَعْدَ قَبْضِهِ) من المسلم إليه فيجوز لك الرضا بأخذه لعدم الدين بالدين وعدم بيع الطعام قبل قبضه (أو) تعلم (بَعْدَ) حلول الأجل فيجوز الرضا (فِى غَيْرِ الطَّعَامِ) إذا كنت تقبضه بلا تأخير لعدم الدين بالدين . وأما فى الطعام فلا يجوز لبيعه قبل قبضه ، وكذا فى غير الطعام إذا كان قبضه يتأخر . ومفهوم : « إن دفعت له الثمن » أنك إذا لم تدفعه له وأمرته أن يُسْلِم لك فى شىء معين فخالف وأسلم فى غيره فيجوز لك الرضا بما فعل وتدفع له الثمن ، لأنه لم يجب لك عليه شىء فتفسخه فى شىء

قوله : [فأسلم فى غيره] : أى فحصل من الوكيل مخالفة فى جنس المسلم فيه ، ومثله ما لو حصل من الوكيل مخالفة فى رأس المال إذا أمره أن يدفع رأس المال عيناً فدفعها عرضاً ، والعلة فى منع الرضا فيهما واحدة .

قوله : [لأنه بتعديه صار الطعام للوكيل] : أى الطعام المسلم فيه صار لازماً للوكيل .

قوله : [إلا أن تعلم] إلخ : أى إلا أن يكون علمك ما حصل إلا بعد قبضه .

قوله : [ومفهوم إن دفعت له الثمن] إلخ : أى فتحصل أن محل منع الرضا بالمخالف إن دفع الأصيل للوكيل الثمن وعلم الأصل بتعدى الوكيل قبل القبض وقبل حلول الأجل له .

قوله : [لأنه لم يجب لك عليه شىء] : هذا ظاهر فى غير الطعام ، وأما

لا تتعجله الآن ويجوز لك أن لا ترضى .

(أو فى بيعه) عطف على « بمخالفته » أى : ومنع رضاك فى بيع ما وكلته على بيعه نقداً أوكان العرف بيعها نقداً وسواء سميت له الثمن أم لا (بدَيْنٍ) إن باعه بدين (إنْ فَاتَتْ) السلعة بيد المشترى بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق فأعلى ، لأنه لما تعدى وباعها بالدين لزمه ما سميت له إن سميت له ثمنًا والقيمة إن لم تسم له، فإذا رضيت بفعله فقد فسخت ما وجب لك عليه حالاً فى شيء لا تتعجله الآن، وهو فسخ ما فى الذمة فى مؤخر فإن لم تفت السلعة جاز الرضا – لأنه كابتداء بيع – وجاز رد البيع وأخذ السلعة . ومحل المنع فيما إذا فاتت إن باعها بأكثر مما سمى له أو من القيمة فيما إذا لم يسم لما فيه من فسخ قليل فى كثير، فإن باعها بمثل التسمية أو القيمة فأقل جاز الرضا .

(و) إذا منع الرضا بفوات السلعة (بِيعَ الدَّيْنُ) الذى على المشترى وحينئذ إما أن يوفى ثمنه بالتسمية أو القيمة أولا (فإنْ وَفَّى ثَمَنَهُ بالتَّسْمِيَةِ أوْ القِيمَةِ) فيما إذا لم يسم له شيئًا بأن ساوى أو زاد فالأمر ظاهر وأخذه الموكل .

(وإلا) يوف – بأن نقص الثمن عن ذلك – (أغْرِمَ) الوكيل (التَّمَامَ) .

(فإنْ سَأَلَ) الوكيل أى طلب من الموكل (الغُرْمَ) : أى غرم التسمية أو

الطعام فلا يجوز له الرضا به لوجود علة أخرى وهى بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : [أى ومنع رضاك فى بيع ما وكلته] إلخ : حاصله أنك إذا وكلته على بيع سلعة بنقد فباعها بدين فإنه يمنع الرضا به سواء كان ذلك الثمن المؤجل عيناً أو عرضاً أو طعاماً والمنع مقيد بكون الثمن المؤجل أكثر مما سماه له إن باع بجنس المسمى ، أو بكونه من غير جنس المسمى ، والحال أن المبيع قد فات . فلو باع بجنس المسمى وكان أقل أو مساوياً لما سماه جاز الرضا بالدين ، وكذا إن كان المبيع قائماً وباع بغير جنس المسمى أو بجنسه بأكثر فيجوز له الرضا بذلك الدين ويبقى لأجله .

قوله : [بيع الدين الذى على المشترى] : أى الذى هو الوكيل .

قوله : [بأن ساوى أوزاد] : أى بأن ساوى التسمية أو القيمة أو زاد عليهما ، وإنما أخذ الموكل الزيادة لأن الوكيل متعد ولا ربح له .

غرم القيمة لموكله الآن ولا يباع الدين ، (و) سأله (الصَّبْرَ) للأجل (ليَقْبِضَهُ) : أى الدين من المشترى (ويَدْفَعَ الزَّائِدَ) على التسمية أو القيمة — (إنْ كَانَ) هناك زائد عليهما (أجيب) الوكيل لذلك . ولاضرر (إن كانت قيمته) الآن — لو بيع (قدرها) : أى قدر التسمية أو القيمة (فأقلَّ) ؛ إذ ليس للوكيل فى ذلك نفع بل فعل معروفاً مع الموكل .

(فإن كانت قيمته الآن أكثر لم يجز الصبر ولا بد من بيع الدين ؛ لأن الموكل قد فسخ ما زاد على التسمية أو القيمة فيما بقى ؛ كما لو أمره أن يبيعها بعشرة نقداً أو القيمة كذلك فباعها الوكيل بخمسة عشر إلى أجل، وقيمة الدين الآن لو بيع اثنا عشر ، فإذا رضى بالصبر إلى الأجل فكأنه فسخ دينارين فى خمسة إلى الأجل، وقولنا : « إذ ليس للوكيل فى ذلك نفع » ظاهر فيما إذا كانت قيمة الدين قدر التسمية أو القيمة لا أقل، فإن كانت أقل فالنفع للوكيل حاصل لأنه لو كان قيمة الدين الآن لو بيع ثمانية فى المثال المتقدم كان فيه سلف من الوكيل جر نفعاً له . وبيانه أن الوكيل تلزمه التسمية عشرة وهى أكثر من قيمته الآن فإذا بيع الدين بقيمته ثمانية غرم تمام التسمية فيعطى التسمية الآن ليقبضها عند الأجل ، فكأنه سلف موكله اثنين ، فإذا جاء الأجل أخذ عنها عشرة ؛ ثمانية منها

قوله : [أجيب الوكيل] : أى أجابه الموكل جبراً عليه .

قوله : [أو القيمة كذلك] : أى بأن أمره أن يبيعها ولم يقيد ، والقيمة بين الناس عشرة .

قوله : [فكأنه فسخ دينارين فى خمسة] : أى أن الموكل ترك الآن الدينارين الزائدين فى قيمة الدين لو بيع الآن للوكيل فلم يغرمه تمام الاثنى عشر لأجل أن يأخذ خمسة عند الأجل ، وهذا عين فسخ الدين فى الدين .

قوله : [فكأنه سلف موكله اثنين] : المناسب أن يقول عشرة . قال فى الحاشية : حاصله أن أشهب يقول : إذا كانت القيمة أقل من التسمية وسأل غرم التسمية والصبر ليقبضها فإنه لايجوز لأنه سلف من الوكيل ، أى أن الوكيل أسلف تلك العشرة للموكل ويأخذ بدلها فى المستقبل من الدين ، وانتفع بإسقاط الدرهمين عنه اللذين كان يغرمهما على تقدير لو بيع الدين بثمانية فكان يغرم

فى نظير قيمة الدين الآن والاثنان فى نظير الاثنين السلف وفيه نفع له إذ لو بيع الدين الآن بثمانية لغرم الوكيل اثنين تمام التسمية ولا رجوع له بها . ولذا منع أشهب ما إذا كانت قيمته أقل ولم يراع ذلك ابن القاسم وأجازه كما ذكرنا ، لأن البيع لا يكون إلا برضاهما ؛ فلا يتحقق السلف ، فالبيع لا يلزم الوكيل بل إذا سأل الصبر وغرم التسمية أجيب وأجبر له الموكل ولا يتحقق له سلف إلا إذا لزمه البيع فتدبر .

* (وإنْ أمَرْتَهُ) : أى أمرت الوكيل أن يبيعها أى السلعة نقداً (فأسْلَمَها فى طَعَام ، تَعَيَّنَ الغُرْمُ) على الوكيل حالا : أى غرم التسمية أو القيمة إذا لم تسم له ثمناً (إنْ فَاتَتْ) السلعة ، وإلا فلربها ردها وله الإمضاء كما تقدم (وَاستُؤْنِيَ بالطَّعَامِ) المُسْلَمِ فيه (لأجَلِه) ولا يباع قبله لما فيه من بيع الطعام قبل أجله (فَبِيعَ) الطعام بعد قبضه ، فإن بيع بقدر التسمية أو القيمة فواضح (و) إن بيع بأقل (غَرِمَ) الوكيل (النَّقْصَ) وقد كان دفعه ، فالمعنى : لا رجوع له بما غرم أولا بالزائد عما نقص من ثمن الطعام ، (والزِيادَةَ) أن يبيع بأزيد من التسمية أو القيمة (للكَ) أيها الموكل لا للتوكيل المتعدى إذ لا ربح لأحد فى مال غيره .

اثنين كمال العشرة التى هى التسمية فهى زيادة جاءته من أجل السلف . وحاصل الرد أنا لا نسلم أن تلك العشرة سلف إنما هو معروف صنعه إلا أنك خبير بأن كلام أشهب هو الظاهر (اهـ ملخصاً) .

قوله : [فى نظير قيمة الدين الآن] : المناسب أن يقول فيما مضى .

قوله : [فى نظير الاثنين السلف] : أى باقى العشرة .

قوله : [فلا يتحقق السلف] : أى السلف لأجل النفع ، وأما أصل السلف فهو محقق .

قوله : [ولا يتحقق سلف] : أى يجر له نفعاً .

قوله : [فتدبر] أمر بالتدبر لدقة التعاليل .

قوله : [قبل أجله] : أى المستلزم أمراً ممنوعاً وهو بيعه قبل قبضه .

قوله : [فالمعنى لا رجوع له] : هو معنى قول غيره استمر على غرمه .

قوله : [إذ لا ربح لأحد فى مال غيره] : أى وقولهم إن من عليه الغرم له

● (وضَمِنَ) الوكيل ولو مفوضاً (إنْ أقْبَضَ) ديناً على موكله أو أقبض مبيعاً وكله على بيعه لمشتريه (وَلَمْ يُشْهِدْ) على الإقباض حيث أنكره القابض أو مات أو غاب بعيداً أى لم تقم له بينة عليه وإن لم يقصدها ، وسواء جرت العادة بالإشهاد أو بعدمه . على المذهب (أوْ أنْكَرَ) الوكيل (القَبْضَ) لما وكله على قبضه (فَشُهِدَ) بالبناء للمفعول: أى قامت (عَلَيْهِ) بينة (بِهِ) : أى بأنه قبض (فَشَهِدَتْ له بَيِّنَةٌ بتَلَفِهِ) : أى المقبوض ، فإنه يضمن ولا تنفعه بينة التلف بلا تفريط لأنه أكذبها بإنكاره القبض (كالْمِدْيَان) ينكر ما عليه من الدين فتشهد البينة به عليه فيقيم بيّنة بأنه دفعه لربه فيضمن ، ولا تنفعه بينته بالدفع لأنه أكذبها بإنكاره ، بخلاف ما لو قال :

الغنم مفروض فى مال تعلق بذمته ، فإن ما هنا لم يتعلق بذمته إلا خصوص النقص لا جميع المال .

قوله : [وضمن الوكيل] إلخ : محل الضمان إن لم يكن الدفع بحضرة الموكل فإن كان بحضرته فلا ضمان على الوكيل بعد الإشهاد ، ومصيبة ما أقبض على الموكل لتفريطه بعدم الإشهاد . بخلاف الضامن يدفع الدين بحضرة المضمون حيث أنكر رب الدين القبض فإن مصيبة ما دفع على الضامن ولا رجوع له به على المضمون ، والفرق بين المسألتين حيث جعل الدافع فى الأولى غير مفرط ، وفى الثانية مفرطاً مع أن الدفع من كل بحضرة من عليه الدين أن ما يدفعه الوكيل مال الموكل ، فكان على رب المال أن يشهد . بخلاف الضامن فإن ما يدفع من مال نفسه فعليه الإشهاد فهو مفرط بعدمه .

قوله : [على المذهب] : وقيل لاضمان عليه إذا جرت العادة بعدم الإشهاد ، وعلى المذهب فيستثنى هذا من قاعدة العمل بالعرف ، أما لو اشترط الوكيل على الموكل عدم الإشهاد فلا غرم عليه جزماً .

قوله : [ينكر ما عليه من الدين] : المناسب ينكر المعاملة، بأن يقول: ليس بينى وبينك معاملة ، وأما لو قال : لادين لك علىّ ، فهو مثل: لا حق لك علىّ ، من غير فارق .

قوله : [لأنه أكذبها بإنكاره] : قد علمت أنه لا يظهر تكذيبه لها إلا بإنكار

لا حق لك علىّ فأقيم عليه بينة به فأقام بينة بالدفع فتنفعه كما يأتى فى القضاء .

* (وصُدِّقَ) الوكيل بيمينه (فِى دَعْوَى التَّلَفِ) لما وكل عليه لأنه أمين (و) فى دعوى (الدَّفْعِ) لثمن أو مثمن أو دفع ما وكل عليه لموكله (ولزِمَكَ) أيها الموكل إذا وكلته على شراء سلعة فاشتراها لك (غُرْمُ الثَّمَنِ) ولو مراراً إن ادعى تلفه بلا تفريط (إلى أنْ يَصِلَ) الثمن (لِرَبِّهِ) بائع السلعة (إلاَّ أنْ تَدْفَعَهُ لَهُ) : أى للوكيل (أوَّلاً) قبل الشراء ، فإنه إذا ضاع لم يلزم الموكل دفعه ثانية ، سواء تلف قبل قبض السلعة أو بعده ، وتلزم السلعة الوكيل بالثمن الذى اشتراها به إذا أبى الموكل من دفعه ثانياً ، ما لم يكن الثمن معيناً وأمره أن يشترى بعينه ففعل وتلف الثمن أو استحق فينفسخ البيع .

أصل المعاملة لا ينفى الدين عن ذمته .

قوله : [وصدق الوكيل بيمينه] إلخ : يعنى أن الوكيل غير المفوض إذا وكل على قبض حق فقال : قبضته وتلف منى ، فإنه يبرأ لموكله من ذلك لأنه ، أمين . وأما الغريم الذى عليه الدين فإنه لا يبرأ من الدين إلا إذا أقام بينة تشهد له أنه دفع الدين إلى الوكيل المذكور ، ولا تنفعه شهادة الوكيل لأنها شهادة على فعل نفسه ، وإذا غرم الغريم فإنه يرجع على الوكيل إلا أن يتحقق تلفه من غير تفريط منه . وقولنا : غير المفوض ، أما لو كان مفوضاً — ومثله الوصى إذا أقر كل منهما بأنه قبض الحق لموكله أو ليتيمه وتلف منه — فإنه يبرأ من ذلك ، وكذلك الغريم ، ولا يحتاج إلى إقامة بينة لأن المفوض والوصى جعل لكل منهما الإقرار .

قوله : [وفى دعوى الدفع] : أى إلا أن يكون القبض ببينة توثق ، فإن كان كذلك فلا يصدق إلا بها كالوديعة .

قوله : [إلا أن تدفعه له] : إنما ضمن الموكل عند عدم دفع الثمن قبل الشراء لأن الوكيل إنما اشترى على ذمة الموكل فالثمن فى ذمته حتى يصل للبائع ، ومفهوم قوله : « إن لم تدفعه » عدم غُرم الموكل إن دفع الثمن للوكيل قبل الشراء وتلف بعده ، وظاهره : سواء تلف قبل قبض السلعة أو بعده . قال : (عب) وهذا حيث لم يأمره بالشراء فى الذمة ثم ينقده وإلا لزم الموكل إلا أن يصل لربه ، ففى المفهوم تفصيل .

قوله : [فينفسخ البيع] : أى لأنه بمنزلة استحقاق المثمن المعين .

● (وَلِأَحَدِ الوَكِيلَيْنِ) على بيع أو شراء أو قبض مال أو دفعه (الاستبداد) مبتدأ مؤخر : أى الاستقلال (إلاَّ لِشَرْطٍ) من الموكل بعدم الاستبداد فإن شرط عدمه فلا استبداد ويتعلق به الضمان ولا يلزم الموكل ما استبد به. ومحل جواز الاستبداد .

(إنْ رُتِّبَا) : بأن وكل أحدهما بعد الآخر ،سواء علم أحدهما بالآخر أم لا ، فإن وكلهما معاً فلا استبداد لأنهما صارا كالواحد إلا أن يجعل لهما ذلك وإذا كان لهما الاستبداد .

(فإنْ بَاعَ كُلٌّ) منهما السلعة التى وكلا على بيعها (فالأَوَّلُ) هو الذى يمضى بيعه إن علم.(وإنْ بعْتَ)أيها الموكل (وبَاعَ) وكيلك (فكَالْوَلِيَّيْنِ) ينفذ بيع الأول إن علم، ما لم يقبضه الثانى بلا علم ببيع من الأول (وإنْ جُهِلَ الزَّمَن اشْتَرَكَا) ، وكذا إذا باع فى زمن واحد بإمكان الشركة هنا بخلاف النكاح ، فقوله : « فكالوليين » أى ذات الوليين فى النكاح أى فى الجملة ، وهو راجع لكل من المسألتين قبله كما أن قوله : « فالأول » قيد فى الثانية أيضاً ؛ أى فقد حذفه من الثانية لدلالة الأول عليه ، ففيه احتباك . والأصل فإن باع كل

قوله : [مبتدأ مؤخر] : أى وخبره الجار والمجرور قبله .

قوله : [فإن وكلهما معاً فلا استبداد] : الحاصل أنهما إن وكلا مرتبين فلأيهما الاستبداد إلا لشرط من الموكل بعدمه ، وإن وكلا معاً فليس لأحدهما الاستبداد إلا لشرط من الموكل به هذا هو المعتمد فى المسألة .

قوله : [فالأول] : مبتدأ خبره محذوف قدره الشارح بقوله هو الذى يمضى بيعه إلخ .

قوله : [ما لم يقبضه الثانى بلا علم] : أى وإلا قضى به للثانى .

قوله : [بخلاف النكاح] : أى فإن الوكيلين إذا عقدا عليها فى وقت واحد فإن النكاحين ينفسخان لعدم قبول النكاح للشركة .

قوله : [أى فى الجملة] : أى لما علمت أنه عند اتحاد الزمن أو جهله يشتركان هنا وينفسخ فى النكاح لكون النكاح لا يقبل الشركة .

قوله : [وهو راجع] إلخ : أى قوله فكالوليين وفيه الحذف من الأول

أو بعت وباع، فالأول كذات الوليين وقوله: « اشتركا »: أى مالم يقبضه أحدهما .

● (وَلَكَ) أيها الموكل — إن وكلته على أن يسلم لك فى شىء (قَبْضُ سَلَمِهِ) أى الوكيل (لَكَ) جبراً على المسلم إليه ويبرأ بدفعه لك (إنْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ) أن السلم لك ولو بشاهد ويمين ، فإن لم يثبت لم يلزمه الدفع لك ولو أقر الوكيل بأن السلم لك ، لاحتمال كذبه لأمر اقتضى ذلك .

* (والقَوْلُ لَكَ إنْ) تصرف فى مالك ببيع أو غيره وادعى الإذن فى ذلك (وخَالَفْتَهُ فى الإذْنِ) له فى ذلك (بِلاَ يَمِينٍ) عليك لأن الأصل عدم الإذن وهذا ظاهر فى غير المفوض (أو) وافقته فى الإذن وخالفته (فى صفته) بأن قلت : أذنتك فى رهنه ، وقال الوكيل : فى بيعه ، أو تصادقا على البيع وتخالفا فى جنس الثمن أو حلوله (إنْ حَلَفْتَ ، وإلا) تحلف (حَلَفَ) الوكيل وكان القول له . واستثنى من ذلك قوله :

(إلاَّ أنْ) تدفع له ثمناً ليشترى لك به سلعة و (يَشْتَرِى بالثَّمَنِ)

لدلالة الثانى عليه .

قوله : [فالأول كذات الوليين] : أى فيجاب بهذه الجملة على كل من الشرطين ، وهذا خلاف ما فى الخرشى والمجموع من تخصيص ذات الوليين بالثانية على ما اختاره الخرشى . والمجموع بيّن المسألتين : أن الموكل ضعف تصرفه فى ماله بتوكيل غيره عليه ، والوكيلان متساويان فى التصرف ، فاعتبر عقد السابق منهما مطلقاً — انظر (عب) .

قوله : [ولو أقر الوكيل] إلخ : صواب العبارة : ولو أقر المسلم إليه بأن السلم راجع لاتهامه على تفريغ ذمته ، وهذا أحد قولين ، والآخر : إقراره لأنه قادر على دفع التهمة بالدفع للحاكم ، وأما إقرار الوكيل فلا شك أنه مغن عن البينة لأن المكلف يؤاخذ بإقراره وإن لم يكن صادقاً فيه فتأمل .

قوله : [وهذا ظاهر فى غير المفوض] : أى وأما المفوض فتصرفاته ماضية إلا الطلاق والنكاح بكره وبيع دار سكناه وعبده القائم بأموره لقيام العرف ، على أن تلك الأمور لاتندرج تحت عموم الوكالة وإنما يفعلها الوكيل بإذن خاص بها .

قوله : [إلا أن تدفع له ثمناً] إلخ : صورتها وكلته على شراء سلعة ودفعت

سلعة كعبد ، وخالفته وقلت : أمرتك لتشترى به بعيراً مثلا (وادَّعَى) الوكيل (أنْ المُشْتَرَى) بالثمن كالعبد فى المثال (هُوَ المَأْمُورُ بِهِ وأَشْبَهَ) فى دعواه (وحَلَفَ ، فالقَوْلُ لَهُ) . و (إلا) بأن لم يشبه فى دعواه أو أشبه ولم يحلف (حَلَفْتَ) وكان القول لك وغرم لك الثمن . فإن نكلت كان القول له . وفى الأصل مسائل كثيرة هنا فلتراجع فيه .

له الثمن فاشترى به سلعة وزعمت أنك أمرته بشراء غيرها فالقول للوكيل مع يمينه ، فإذا حلف لزمت السلعة الموكل وسواء كان الثمن المدفوع باقياً بيد البائع أولا مما يغاب عليه أو لا خلافاً لتقييد الخرشى . و (عب) بكون الثمن مما يغاب عليه .

قوله : [فإن نكلت كان القول له] : أى للوكيل فصار قول الوكيل فى ثلاث فيما إذا أشبه وحلف ، أو لم يشبه ونكلت ، أو أشبه ونكل ونكلت .

قوله : [وفى الأصل مسائل كثيرة هنا] : منها لو قال الوكيل : أمرتنى ببيع السلعة بعشرة وقد بعتها بها وقلت : يا موكل بل بأكثر ، وفات المبيع بيد المشترى بموت ونحوه ، فإن القول قول الوكيل إن أشبهت العشرة ثمناً وحلف ، وإلا فالقول قول الموكل بيمينه ويرد المبيع إن لم يفت بزوال عينه . ومنها لو وكلته على شراء جارية من بلد كذا فبعث بها إليك فوطئت منك أو من غيرك بسببك ، ثم قدم الوكيل بأخرى وقال : هذه لك والأولى وديعة ، فإن لم يبين لك حين بعث الأولى وحلف على طبق دعواه أخذها وأعطاك الثانية ، وإن بين أخذها بلا يمين وطئت أم لا كأن لم يبين ولم توطأ . إلا أن تفوت فى جميع المسائل بكولد أو تدبير أو عتق إلا لبينة أشهدها الوكيل عند الشراء أو الإرسال أنها له فيأخذها الوكيل . ولو أعتقها الموكل أو استولدها ولزمتك يا موكل الأخرى فيما إذا لم يبين وحلف وأخذها . وما إذا قامت بينة وأخذها ، ومنها لو أمرته أن يشترى لك جارية بمائة فبعث بها إليك ووطئت عندك ، ثم قدم وقال لك : أخذتها بمائة وخمسين فإن لم تفت خيرت فى أخذها بما قال الوكيل إن حلف وردها ، ولا شىء عليك فى وطئها وإن لم يحلف فليس له إلا المائة ، وإن فاتت بكولد أو تدبير فليس له إلا المائة ، ولو أقام بينة على ما قال لتفريطه بعدم إعلامه حتى فاتت ، ومنها لو ردت دراهمك التى دفعتها للوكيل ليسلمها لك فى شىء بسبب عيب فيها كلها أو بعضها ، فإن عرفها وكيلك لزمك بدلها

● (وانْعَزَلَ) الوكيل مفوضاً أولا (بِمَوْتِ مُوَكِّلِهِ أَوْ بِعَزْلِهِ إِنْ عَلِمَ) الوكيل بالموت أو العزل فليس له التصرف بعد العلم بما ذكر ، وإلا كان ضامناً . وما تصرف فيه قبل العلم فهو ماض على المذهب . وكذا ينعزل غير المفوض بتمام ما وكل فيه ، والله أعلم .

فإذا اتهمت الوكيل فلك تحليفه . وهل اللزوم للموكل إن قبض ما وقعت فيه الوكالة أو اللزوم إن لم يقبضه ؟ تأويلان فى غير المفوض . وأما هو فيقبل قوله على موكله مطلقاً ، وأما إن لم يعرفها الوكيل فلا يخلو إما أن يقبلها أو لا ، فإن قبلها حلفت ياموكل أنك لم تعرفها من دراهمك وما أعطيته إلا جياداً فى علمك وتلزم الوكيل لقبوله إياها ، وإن لم يقبلها الوكيل فإنه يحلف الموكل أنه ما دفع إلا جياداً فى علمه ويزيد الوكيل ولا يعلمها من دراهم موكله ويبرئ كل منهما .

قوله : [بموت موكله] : أى وكذا بفلسه الأخص لانتقال الحق للغرماء .

قوله : [فهو ماض على المذهب] : أى من التأويلين ، والثانى يقول لا يمضى .

● خاتمة : هل عقد الوكالة غير لازم مطلقاً – وقعت بأجرة أو جعل أو لا – إذ هى من العقود الجائزة كالقضاء ؟ أو إن وقعت بأجرة – كتوكيله على عمل معين بأجرة معلومة أو جعل – بأن يوكله على تقاضى دينه ولم يعين له قدره أو عينه ، ولكن لم يعين من هو عليه فحكمهما فى الإجارة تلزمهما بالعقد ، وفى الجعالة لم تلزم الجاعل فقط بالشروع ؟ تردد فى ذلك أهل المذهب . ثم حيث لم تلزم إن ادعى الوكيل أن ما اشتراه لنفسه قبل قوله ، والله أعلم .

باب
فى الإقرار

● وهو الاعتراف بما يوجب حقًّا على قائله بشرطه .

● (يُؤَاخَذُ مُكَلَّفٌ) لاصبى ومجنون ومكره (غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ) : أى فى المعاملات ؛ لاسفيه حجر عليه ، وكذا سكران فى المعاملات فإنه محجور عليه فيها . ودخل فى كلامه الرقيق المأذون له فى التجارة والمكاتب والسفيه المهمل على قول مالك والزوجة والسكران والرقيق غير المأذون فى غير المال (و) غير

باب :

اعلم أن الإقرار خبر كما لابن عرفة ، ولا يتوهم من إيجابه حكماً على المقر أنه كبعت ، بل هو خبر كالدعوى والشهادة . والفرق بين الثلاثة : أن الإخبار إن كان حكمه مقصوراً على قائله فهو الإقرار ، وإن لم يقصر على قائله فإما أن يكون للمخبر فيه نفع وهو الدعوى أولا يكون فيه نفع وهو الشهادة ، ولما كان إقرار الوكيل يلزم الموكل إن كان مفوضاً ، أو جعل له الإقرار ، ناسب ذكر الإقرار عقبه .

قوله : [بشرطه] : مفرد مضاف فيعم؛ لأن المراد الشروط الآتية فى قوله : «مكلف غير محجور ومتهم » إلخ .

قوله : [ومكره] : أى لأنه غير مكلف حالة الإكراه .

قوله : [حجر عليه] : هذا القيد له مفهوم باعتبار قول مالك ، وأما باعتبار قول ابن القاسم فالسفيه المهمل والمحجور سواء فى عدم المؤاخذة بالإقرار فى المعاملات .

قوله : [والزوجة] : أى فيصح إقرارها فى غير المال وفى المال لغير متهم عليه وإن زاد على ثلثها وفى ثلثها إن اتهمت . فقول الشارح فى غير المال راجع للسكران والرقيق فقط .

(مُتَّهم): خرج المريض فيما يتهم عليه كابنه البار وزوجته التى يميل إليها والصحيح المفلس بالنسبة لما فلس فيه إلا بما تجدد له فى المستقبل (بإقْرارِهِ) : متعلق بيؤاخذ .

(لأهْلٍ) أى : لقابل للإقرار له ولو باعتبار المآل أو الحال كحمْل وكمسجد وحبس يقر على نفسه بمال له يصرف فى إصلاحه وبقاء عينه كأن يقول ناظر على مسجد أو حبس : ترتب فى ذمتى مثلا للمسجد أو للحبس كذا . وخرج غير الأهل كالدابة والحجر (لم يُكَذِّبْهُ) صفة لـ «أهل» : أى لأهل غير مكذب للمقر فى إقراره بأن قال للمقر : ليس لى عليك شىء ، وكذا إذا قال : لا علم لى واستمر التكذيب فلا يؤاخذ بإقراره . وإنما يعتبر التكذيب

قوله : [خرج المريض فيما يتهم عليه] : أى ذكراً أو أنثى ، زوجة أو غيرها، وأما إقراره لغير متهم عليه فيصح ولو بأزيد من الثلث .

قوله : [والصحيح المفلس] : أى فلا يقبل إقراره لأحد حيث كان الدين الذى فلس فيه ثابتاً بالبينة لأنه يتهم على ضياع مال الغرماء .

قوله : [إلا بما تجدد له فى المستقبل] : أى لتعلق الإقرار بذمته .

قوله : [كحمل] : مثال لما يقبل الملك باعتبار المآل كما إذا قال: إن لهذا الحمل عندى الشىء الفلانى من ميراث أبيه مثلا ، فالحمل قابل لملك ذلك باعتبار المآل .

وقوله : [وكمسجد وحبس] مثال : للقابل فى المآل ، لأن المسجد قابل للملك المقر به باعتبار ما يتعلق به من الإصلاح والحبس قابل للملك المقر به من حيث أخذ المستحقين له .

قوله : [كالدابة والحجر] : أى فلا يؤاخذ بإقراره لهما، بل هو باطل إلا أن يكون إقراره للحجر من أجل وضعه فى كسبيل أو للدابة من حيث علفها فى جهاد ، وحينئذ يرجع للحبس .

قوله : [واستمر التكذيب] : أى وأما إن رجع المقر له إلى تصديق المقر فيصح الإقرار ويلزم ، مالم يرجع المقر ، فإن رجع المقر فى الأولى عقب تصديق المقر له فهل يلزم إقراره أو يبطل ؟ قولان . وأما إنكار المقر عقب تصديق المقر له فى الثانية

من بالغ رشيد .

* ثم شرع فى أمثلة من يؤاخذ بإقراره فقال :

(كرقيق) ذكر أو أنثى أقر (بغَيْرِ مَالٍ) كجرح أو قتل مما فيه القصاص وكذا السرقة بالنسبة للقطع فقط دون المال .

* (ومَرِيض) أقر (لِمُلاَطِف ، أو) أقر (بِقَرِيب) أى لقريب (لَمْ يَرِثْ ؛ كَخَال ، أو)أقر (لمجهولٍ حَالُهُ) هل هو قريب أو ملاطف أو لا ، فيصح إقراره لمن ذكر (إنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ) ذكر أو أنثى .

(أوْ) أقر (لأبْعَدَ) كعم (مَعَ) وجود (أقْرَبَ) كولد أو أب أو أخ فيلزم الإقرار، وأما الإقرار لأجنبى غير ملاطف فيصح مطلقًا ، كإقرار الصحيح.

(أو) أقر مريض (لزَوْجَتِهِ عُلِمَ بُغْضُهُ لَهَا) فيؤاخذ به . وإن

فالإقرار صحيح ولا عبرة بإنكار المقر بعد ذلك باتفاق .

قوله : [من بالغ رشيد] : أى وأما الصبى والسفيه فلا يعتبر تكذيبهما ما لم يرشدا ويستمرا على التكذيب .

قوله : [أقر بغير مال] : أى وأما إقراره بالمال فباطل لأنه محجور عليه بالنسبة للمال .

قوله : [دون المال] : أى المسروق فلا يلزمه قيمته إن تلف ولا يؤخذ منه إن كان قائمًا ما لم تشهد لصاحب الحق بينة .

قوله : [ومريض أقر لملاطف] : حاصله أن المريض إذا أقر إما أن يقر لوارث قريب أو بعيد ، أو لقريب غير وارث أصلا أو لصديق ملاطف أو لمجهول حاله لايدرى هل هو قريب أو ملاطف أو أجنبى أو يقر لأجنبىٍّ غير صديق ، فإن أقر لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوى كان ذلك الإقرار باطلا ، وإن أقر لوارث بعيد كان صحيحاً إن كان هناك وارث أقرب منه ، سواء كان ذلك الأقرب حائزاً للمال أم لا ، وإن أقر لقريب غير وارث كالخال أو لصديق ملاطف أو مجهول حاله صح الإقرار إن كان لذلك المقر ولد أو ولد ولد وإلا فلا، وإن أقر لأجنبى غير صديق كان الإقرار لازماً كان له ولد أم لا .

قوله : [أو أقر مريض لزوجته] : من فروع إقرار الزوج أن يشهد أن

لم يرثه ولد أو انفردت بالصغير على المعتمد ، ومثله زوجة مريضة أقرت لمن علم بغضها له ، وأما الصحيح فيصح مطلقاً (أو جُهِلَ) بغضه لها فلم يعلم (وَوَرِثَهُ ابْنٌ) منها أو من غيرها انفرد الابن أو تعدد فيصح إقراره لها (إلا أنْ تَنْفَرِدَ) من جهل حاله معها (بالصَّغِيرِ) من أولاده ذكر أو أنثى ، فإن انفردت به فلا يصح إقراره لها لقوة التهمة وسواء كان هناك ولد كبير منها أو من غيرها أم لا .

(و) فى إقرار المريض لمن جهل حاله معها (مَعَ بَنَاتٍ) كبار له منها أو من غيرها أو صغار من غير (وَعَصَبَتِهِ) كأب وأخ (قولان) بالصحة ، نظراً إلى أنها أبعد من البنت وعدمها نظراً إلى أنها أقرب من العاصب والموضوع أنها لم تنفرد بصغير ، وإلا منع قطعاً ، وشبَّه فى القولين :

(كإقْرَارِهِ) : أى المريض (لعَاقٍّ) : أى لولد عاق (مع) وجود ولد (بَارٍ) فيه قولان ، هل يصح للعاق نظراً لعقوقه ، فكأنه أبعد من أخيه البار ، أو لا نظراً لمساواته لأخيه فى الولدية .

(أو) إقراره (لوَارِثٍ) له كأخت (مَعَ) وجود وارث (أقْرَبَ) من المقر له كأم (وأبْعَدَ) منه ، كعم ؛ فهل يصح للأخت مثلا نظراً لأنها أبعد من الأم أو لا يصح نظراً لبعد العم ، قولان .

(لا) يصح إقرار (للمُسَاوِى) مع وجود مساويه ؛ كولدين أو أخوين

جميع ما تحت يدها ملك لها ، فإن كان مريضاً جرى على ما ذكره المصنف من التفصيل ، وإن كان صحيحاً كان إقراره لازماً على مذهب ابن القاسم وغيره من المصريين من غير تفصيل ، وللوارث تحليفها إن ادعى تجدد شىء كما فى (ح) كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [وسواء كان هناك ولد كبير منها أو من غيرها] : أى كما اعتمده اللقانى .

قوله : [أوصغار من غير] : هكذا نسخة المؤلف فيكون التنوين عوضاً عن المضاف إليه .

قوله : [نظراً إلى أنها] : أى الزوجة المجهول حاله معها .

أو عمين فأولى أقرب مع أبعد لظهور التهمة .

● ثم شرع فى بيان صيغته الدالة عليه .

وهى أحد أركانه الأربعة :

مقر ، ومقرله ، وبه ، وصيغة .

فقال: (بعَلَىَّ) كذا أو قال له إنسان : عليك لى كذا ، فقال : علىّ (وفِى ذِمَّتِى) له كذا (وعِنْدِى ، وأخذْتُ مِنْكَ) كذا (وأعْطَيْتَنِى كَذَا ، أو) قال لمن قال أعطنى حقى ونحوه : (اصْبِرْ عَلَىَّ بِهِ) فإنه إقرار (أوْ) قال لمن ادعى عليه بشىء : أنت (وَهَبْتَهُ لِى ، أو : بِعْتَهُ) لى ، فإقرار ، وعليه إثبات الهبة أو البيع ، فإن لم يثبت حلف أنه ما باعه ولا وهبه له واستحقه ، وقيل : لا يحلف فى الهبة (أوْ) قال لمن طالبه بشىء : (وَفَّيْتَهُ

قوله : [مقر] : أى وهو الذى قدمه بقوله : « يؤاخذ المكلف » إلخ .

وقوله : [ومقرٌ له] : هو الذى قدمه بقوله : « لأهل » إلخ . والمقر به المال أو غيره كالجنايات .

قوله : [بعلىّ كذا] : الباء للتصوير ، وكذا كناية عن العدد ، وهو كناية عن قوله : له على ألف أو : فى ذمتى ألف أو : له عندى ألف أو : أخذت منك ألفاً .

قوله : [اصبر علىّ به] : أى وأما لو قال : أخرنى سنة وأنا أقر ، فلا يعد إقراراً .

قوله : [وقيل لا يحلف فى الهبة] : هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى اليمين ، هل تتوجه فى دعوى المعروف أم لا ؟ وسواء كان الشىء الذى ادعيت فيه الهبة فى يد المقر أم لا ؟ وهناك قول ثالث : وهو توجه اليمين على المدعى إن كان المدعى حائزاً وإلا فلا ، ومحل كون دعوى الهبة أو البيع إقراراً بالشىء إن لم تحصل الحيازة المعتبرة شرعاً فإن مضت مدة الحيازة المعتبرة، وقال المدعى عليه إنه باعه لى أو وهبه لى، فإنه يصدق فى ذلك بيمينه ، ولا يكون هذا إقراراً بالملك . ففى (ح) فى آخر الشهادات مانصه : قال ابن رشد : إذا حاز الرجل مال غيره فى وجهه مدة تكون الحيازة فيها حاصلة وادعاه ملكاً لنفسه — بابتياع أو هبة أو

لَكَ) فإقرار وعليه بيان الوفاء (أوْ) قال له : (لَيْسَتْ لِى) على الوفاء (مَيْسَرَةٌ) فإنه مثل اصبر علىّ به (أوْ) قال : (نَعَمْ ، أو : بَلَى أو : أجَلْ) بفتح الهمزة والجيم وسكون اللام بمعنى : نعم (جَوَابًا) فى الثلاثة (لأَلَيْسَ لِى عِنْدَكَ كَذَا) ، وكذا كل مادل بوضع أو عرف أو قرينة ظاهرة .

* (لا) يثبت إقرار (بِ : أُقِرُّ) : بضم الهمزة أى بقوله للمدعى : أقر ، لأنه وعد (أو) بقوله: (علىّ وعلى فلان) لأنه تهكم أو استفهام (أو) بقوله: (مِنْ أَىِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا ؟ ما أَبْعَدَكَ مِنْهَا !) لأنه ظاهر فى التهكم ، فلو حذف ما أبعدك منها فلا يكون إقراراً أيضًا لكنه يحلف أنه لم يرد الإقرار — قاله ابن عبد السلام .

(أوْ) علق إقراره على شرط كقوله (له : عَلَىَّ أَلْفٌ إنْ اسْتَحَلَّهَا) فليس بإقرار .

صدقة — كان القول قوله فى ذلك بيمينه . قال (ح) عقبه : وسواء ادعى صيرورة ذلك ملكاً من غير المدعى أو ادعى أنه صار إليه ملكاً من المدعى ، أما فى البيع فلا أعلم فى ذلك خلافاً ، وأما فى الهبة والصدقة ففيه خلاف (اهـ. بن) .

قوله : [وكذا كل مادل بوضع] : أى من باقى أحرف الجواب كجير وإيوه .

وقوله : [أو عرف] : كقول المدعى عليه : حاضر أو : على رأسى أو : خذ من عينى أو : وصل جميلك .

قوله : [أو قرينة ظاهرة] : أى كقوله فى الجواب : جزاك الله عنا فى صبرك علينا خيراً ، وما فى معناه .

قوله : [لأنه وعد] : أى بالإقرار وكذا إذا قال : لا أقربها ، فليس إقراراً ولا وعداً به . وأما إذا قال له : لى عليك مائة ، فسكت فحكى (ح) الخلاف فى كون السكوت إقراراً أو ليس بإقرار وأن الأظهر أنه ليس بإقرار ، وذكر أيضاً : أن مما ليس بإقرار إذا قال له : لى عندك عشرة، فقال : وأنا الآخر لى عندك عشرة، وهو مستغرب إلا أن يقال : معناه وأنا أكذب عليك بأن لى عندك عشرة كما كذبت علىّ بمثل ذلك.

قوله : [لأنه تهكم أو استفهام] : أى لا يخلو من واحد منهما .

قوله : [لكنه يحلف] : أى لأنه غير ظاهر فى التهكم .

(أَوْ) إن (أَعَارَنِي كَذَا) فلا يلزمه شيء .

(أَوْ) قال له : عليّ ألف (إِنْ حَلَفَ) فحلف فلا يلزمه لأن له أن يقول ظننت أنه لا يحلف باطلا وهذا إذا كان (فى غَيْرِ دَعْوَى) عند حاكم أو محكم وإلا لزمه .

(أو) قال له : عليّ كذا (إِنْ شَهِدَ فُلَانٌ) فلا يكون إقراراً لكنه إن شهد وكان عدلا عمل بشهادته فلا بد من ثان أو يمين (أَوْ) : له على كذا (إِنْ شَاءَ) فلان فلا يلزمه شيء .

(أَوْ) قال : (اشْتَرَيْتُ منه خَمْراً بِأَلْفٍ) فلا يلزمه لأنه لم يقر بشيء يلزمه فى ذمته .

(أو) : اشتريت منه (عَبْداً) بكذا (لم أَقْبِضْهُ) منه لم يلزمه شيء ؛ لأن الشراء لا يوجب عمارة الذمة إلا بالقبض ، واستشكله الشيخ فى التوضيح : بأن مجرد العقد الصحيح يوجب الضمان على المشترى .وأجيب : بحمله على عبد غائب بيع على الصفة ، أى فلا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض وفيه بعد ، لأن عبارتهم مطلقة . وأجاب بعض : بأنه لما كان المشترى

قوله : [لأن له أن يقول ظننت أنه لايحلف] : ويقال مثل هذا التعليل فى الاستحلال والعارية .

قوله : [وهذا إذا كان فى غيرَ دعوى] : المراد بالدعوى المطالبة ، ومن ذلك لو قال له عليّ كذا إن حكم بها فلان لرجل سماه فحكم بها عليه فإنها تلزمه . بخلاف مالو قيد بمشيئة زيد فشاء فلا يلزمه كما قال الشارح .

قوله : [لكنه إن شهد] : إن قيل إذا كان عدلا فشهادته مقبولة سواء أقر بذلك أم لا فما فائدة الإقرار المذكور ؟ فالجواب أنه أفاد تسليمه لشهادته فلا يحتاج فيه لإعذار ، وقد يقال ينبغى : أن يكون له الإعذار لأنه يقول ظننت أنه لايشهد .

قوله: [بأن مجرد العقد الصحيح] : أى اللازم الذى ليس لىفيه حق توفية .

قوله : [لأن عبارتهم] إلخ : علة للبعد .

قوله : [وأجاب بعض] : المراد به (ح) كما قال (بن) .

يجبر على تسليم الثمن أولاً عند التنازع فيمن يبدأ بالتسليم اقتضى أن يقبل قوله فى عدم القبض، لأنه يقول : حق البائع أن يمتنع من تسليم المبيع لى حتى يقبض الثمن منى ، وأما لو قال له : علىّ ، أو : فى ذمتى كذا من ثمن عبد ولم أقبضه فإنه يلزمه الإقرار . ولو قال : له علىّ ألف من ثمن خمر مما لا يصح بيعه ، وقال المدعى: بل من ثمن عبد مثلا فيلزمه الإقرار أيضاً لأنه قد أقر بعمارة ذمته، ويعد قوله من خمر ندماً لا ينفعه .

(أوْ) قال لمن ادعى عليه بأنه أقر له بكذا ليأخذه منه : (أقْرَرْتُ بِهِ) لك (وَأَنَا صَبِيٌّ أو) وأنا (مُبَرْسَمٌ) والبرسام : نوع من الجنون فلا يلزمه شىء (إنْ عُلِمَ تَقَدُّمُهُ) : أى البرسام (لَهُ) . وعلى المدعى إثبات أنه أقر له بعد البلوغ أو حال عقله .

(أو أقَرَّ) لمن طلب منه شيئاً إعارة أو شراء (اعتِذَاراً) بأنه لابنى أو زوجتى أو لفلان ليتخلص من إعطائه للطالب إذا كان مثله يعتذر له ككونه ذا

قوله : [يجبر على تسليم الثمن أو لا] إلخ : أى حيث كان الثمن عيناً والمثمن عرضاً كما هو الموضوع .

قوله : [وأما لو قال له علىّ أو فى ذمتى كذا من ثمن عبد] إلخ : الفرق بين هذه ومسألة المتن أن هذا إقرار عرفاً بسبب تصريحه بقوله: علىّ أو فى ذمتى . بخلاف قوله اشتريت عبداً لم أقبضه فإنه لم يصرح بشىء فى ذمته ؛ لأن قوله اشتريت لايقتضى قبضاً بخلاف علىّ وفى ذمتى فإنه مقتض للقبض .

قوله : [ويعد قوله من خمر ندماً] : أى كما يعد قوله من ثمن عبد ولم أقبضه ندماً لاينفعه .

قوله : [أقررت به لك وأنا صبى] إلخ : أى حيث قال ذلك نسقاً ولم تكذبه البينة ، . ومثله ، لو قال : أقررت بكذا قبل أن أخلق ، لأنه خارج مخرج الاستهزاء . فلو قال : أقررت ولم أدر أكنت صبياً أو بالغاً، فلا يلزمه شىء أيضاً حيث لم يثبت بلوغه حين الإقرار ؛ لأن الأصل عدم البلوغ بخلاف لو قال: لا أدرى أكنت عاقلا أم لا ، فيلزمه لأن الأصل العقل .

قوله : [إذا كان مثله يعتذر له] : هذا القيد للشيخ أحمد الزرقانى ، واعترضه

وجاهة أو صاحب ولاية وإلا لزمه .

(أو) أقر (شُكْراً) كما لو قال : أقرضنى فلان مائة جزاه الله خيراً وقضيته له (أو ذَمًّا) كما لو قال : أقرضنى فلان كذا ثم ضايقنى حتى قضيته لاجزاه الله خيراً .

• (وقُبِلَ) عند التنازع فى الحلول والتأجيل (أَجَلُ مِثْلِهِ) : وهو الذى لايتهم فيه المبتاع عادة لجريانها فى مثله (فِى بَيْعٍ) وفاتت فيه السلعة ، وإلا تحالفا وتفاسخا كما تقدم ولا ينظر لشبه . فإن اتهم المبتاع فالقول للبائع بيمينه.

• (لا) فى (قَرْضٍ) بل القول فيه للمقرض أنه على الحلول بيمينه ، حصل فوت أو لاحيث لاشرط ولا عرف ، وإلا عمل به . وذلك لأن الأصل فى

(ر) :بأن الذى فى السماع الإطلاق ، فمتى أقر اعتذاراً فلا يأخذه المقر له إلا ببينة كان السائل ممن يعتذر له أم لا ، ولا يتوقف ذلك على ثبوت الاعتذار فلا يلزمه وإن لم يدعه بأن مات كما يفيده نقل المواق(اه بن) قال الأجهورى : وقد يقول الرجل للسلطان: هذه الأمة ولدت منى وهذا العبد مدبر،لئلا يأخذهما ،فلا يلزمه ولاشهادة فيه، ومثله ما يقوله الإنسان حماية كأن يقول صاحب سفينة أوفرس، عند إرادة ذى شوكة أخذها : أنها لفلان، ويريد شخصاً يحمى ما ينسب إليه، فإنه لا يكون إقراراً له .

قوله : [أجل مثله] : حاصله أنه إذا ادعى عليه بمال حالٍّ من بيع فأجاب بالاعتراف ، وأنه مؤجل ، فإن كان العرف والعادة جارية بالتأجيل له كان القول قول المقر بيمين ، وإن كانت العادة عدم التأجيل أصلا كان القول قول المقر له بيمين ، وإن لم يكن عرف بشىء ، فإن ادعى المقر أجلا قريباً يشبه أن تباع السلعة له ،كان القول قول المقر له بيمين ، وإن ادعى أجلا بعيداً لايشبه التأجيل له عادة ،كان القول قول المقر له بيمين. هذا إذا فاتت السلعة ، فإن كانت قائمة تحالفا وتفاسخا ولا ينظر لشبه ولا لعدمه ، وأما القرض فالقول للمقر له بيمينه حيث لم يكن شرط بالتأجيل ولا عادة ومضت مدة يمكن الانتفاع به .

قوله : [فإن اتهم المبتاع] : أى بأن ادعى أجلا لايشبه .

قوله : [بل القول فيه للمقرض] : أى ولو ادعى المقترض فيه أجلاقريباً .

القرض الحلول أى بعد مدة الانتفاع به فلا بد منها . والحاصل : أن منْ أقر بمال فى ذمته وادعى تأجيله فإنه يقبل قوله إن كان من بيع وأشبه فى دعوى الأجل بيمينه . وإلا يشبه – أو كان من قرض – فالقول للمقر له بيمينه ، هذا نص المدونة . ولا التفات لقول ابن عرفة وغيره: إنه لافرق بين البيع والقرض فى أن القول لرب المال فإنه غفلة عما فى المدونة .

* (و) قُبِلَ (تَفْسِيرُ الألْفِ فِي) قوله له: عليّ (ألف ودِرْهم) بأى شيء يذكره وللمدعى تحليفه على ما فسر به ألف إن اتهمه أو خالفه . ولا يكون الدرهم معيناً[1] لكون الألف من الدراهم. وقوله: « ألف ودرهم » أى مَثَلا فيهما.

(و) قبل تفسير (الشَّىء و) تفسير (كَذَا) فى قوله له : عليّ شيء ، أو : له عليّ كذا (وسُجِنَ لَهُ) أى للتفسير إن امتنع منه .

* (لا) يقبل تفسيره (بجِذْع أو باب فِي) قوله : (مِنْ هَذِهِ الدّارِ) شيء أو حق أو كذا (أو) : له من هذه (الأرْضِ) شيء أوحق ، « من » (كـ : فِي) : أى كما لا يقبل تفسيره بالجذع أو الباب إذا قال : له فى هذه الدار ، أو : فى هذه الأرض شيء (عَلَى الأصَحِّ) عند الشيخ ؛ إذ لا فرق بين « من » و « فى » ، وهو قول سحنون فلا بد من التفسير بشيء منها كربعها أو قيراط منها . وقال ابن عبد الحكم : يقبل تفسيره بالجذع والباب فى « فى » دون « من » لأن « من » للتبعيض « وفى » للظرفية .

قوله : [فلابد منها] : أى لابد من زمن يمضى يتمكن من الانتفاع بالقرض فيه .

قوله : [على ما فسر به ألف] : هكذا بالتنكير والرفع فى نسخة المؤلف على سبيل حكاية لفظ المتن ، وإلا فحق التعبير : على ما فسر به الألف .

قوله : [ولايكون الدرهم مثلا معيناً] : أى عطف الدرهم على الألف بل له أن يفسر الألف بعبيد أو دنانير مثلا .

قوله : [وسجن له] : أى ولا يخرج منه حتى يقر ، فإن مات ولم يقر قبل قول المقر له إن أشبه وحلف كما هو الظاهر .

قوله : [وهو قول سحنون] : مقابله قول ابن عبد الحكم الآتى .

---

(١) فى نسخة : مثلا معيناً .

* (ولَزِمَ فى مال) : أى قوله : له عندى أو فى ذمتى مال (نِصَابٌ) : أى نصاب زكاة من مال المقر من ذهب أو ورق أوغنم أو بقر أو إبل وقيل: يقبل تفسيره كالشىء ولو بدرهم أو أقل .

(و) لزمه فى (بِضْعٍ أو دَرَاهِمَ) : أى فى قوله : له فى ذمتى بضع ، أو: له علىّ دراهم (ثَلاثَةٌ) ولزمه فى قوله : بضعة عشر ثلاثة عشر (و) فى قوله : له عندى (دَرَاهِمُ كَثِيرة) لزمه أربعة لأنها أول مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع (أو) قال : (لا كَثِيرَة وَلا قَلِيلَة) لزمه (أرْبَعَة و) لزمه فى قوله:

قوله: [ولزم فى مال] : أى وسواء قال عظيم أم لا وهذا هو الراجح من أقوال ذكرها ابن الحاجب بقوله : وله علىّ مال قيل : نصاب وقيل : ربع دينار أو ثلاثة دراهم ،وقيل: تفسيره ومال عظيم قيل كذلك ، وقيل:ما زاد على النصاب وقيل: قدر الدية (اهـ بن) :

قوله : [من مال المقر] : أى ولا ينظر لمال المقر له عند التخالف ، فإن كان المقر من أهل الذهب لزمه نصاب من الذهب ، إن كان من أهل الفضة لزمه نصاب منها ، وإن كان من أهل الماشية لزمه نصاب منها ، وإن كان من أهل الحب لزمه نصاب منه ، فلو كان من أهل الكل لزمه أقل الأنصباء قيمة لأن الأصل براءة الذمة فلا تلزم بمشكوك فيه ، ولذا لو قال له : علىّ نصاب لزمه نصاب السرقة لأنه المحقق إلا أن يجرى العرف بنصاب الزكاة و إلا لزمه .

قوله : [ولزمه فى بضع] إلخ : إنما لزمه الثلاثة فى البضع لأن البضع أقله ثلاثة وأكثره تسعة فيلزمه المحقق .

قوله : [بعد مطلق الجمع] : أى لأن الصحيح مساواة جمع الكثرة للقلة فى المبدأ والذمة لاتلزم إلا بمحقق والمحقق من الجمع ثلاثة وأيضاً محل افتراق مبدئهما على القول به حيث كان لكل صيغة و إلا استعمل أحدهما فى الآخر .

قوله : [أو قال لا كثيرة ولا قليلة] : إنما لزمه الأربعة فى هذا لحمل الكثرة المنفية على ثانى مراتبها وهو الخمسة ، وحمل القلة المنفية على أول مراتبها وإلا لزم التناقض لأنه يصير نافياً لها بقوله لا كثيرة ومثبتاً لها بقوله ولا قليلة .

له عندى (دِرْهم) : الدرهم (المُتَعَارَفُ) بينهم ولو نحاساً كما فى عرف مصر (وإلاَّ) يكن بينهم درهم متعارف (فالشَّرْعِيُّ) : أى يلزمه الدرهم الشرعى ، لكنه إنما يظهر إذا كان لهم معرفة بالشرعى ، وإلا فالواجب ما فسر به المقر مع يمينه (وقُبِلَ غِشُّهُ وَنَقْصُهُ إنْ وَصَلَ) ذلك بإقراره بأن قال : له على درهم مغشوش أو ناقص . فإن سكت ثم قال ذلك لم يقبل ولزمه درهم خالص كامل ولا يضر الفصل بسعال أو عطاس بخلاف سلام أو رده .

(و) لزمه (الألْفُ فى) قوله له : علىّ ألف (مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ) : لأن قوله : من ثمن خمر ، من باب رفع الواقع فيعدّ ندماً فلا يعتبر . بخلاف : اشتريت منه خمراً بألف كما تقدم (ونَحْوِهِ) : أى الخمر من كل مالا يصح بيعه لنجاسته أو غيره (أو) قال : له على ألف من ثمن (عَبْدٍ ولم أقْبِضْهُ إنْ نُوكِرَ) فى ذلك بأن قال المدعى فى الأول : بل من ثمن ثوب ، أوقال فى الثانى : بل قبضته .

(كَدَعْوَى أنّها) : أى الألف الذى عليه (مِنْ رِباً) : وقال المدعى : بل من بيع أو قرض (وأقامَ) المقر (بَيِّنَةً) تشهد له (بأنَّه) : أى المقر له (رَابَاهُ بألْفٍ) فيلزمه ولا تنفعه بينته لاحتمال أنه راباه فى غير ما أقر به (إلاَّ أنْ يُقِيمَها عَلَى إقْرَارِ المُدَّعِى) وهو المقر له (أنه لَمْ يُعَامِلْهُ إلاَّ بالرِّبَا ، فرَأْسُ المَالِ) يلزمه لا ما زاد عليه .

* (والاستِثْنَاءُ هُنَا) : أى فى الإقرار (كَغَيْرِهِ) فيفيد ؛ فإذا قال : له

قوله : [كما فى عرف مصر] : أى فإن المتعارف فى بعض القرى وبين كثير من العوام أنه الفلس من النحاس .

قوله : [وإلا يكن بينهم درهم متعارف فالشرعى] : إنما أخر الشرعى لأن العرف القولى مقدم فى باب اليمين وباب الإقرار .

قوله : [وقبل غشه ونقصه] : أى يقبل قوله مغشوش وناقص سواء جمعهما أو اقتصر على أحدهما فلا يلزمه درهم كامل أوخالص . ويقبل تفسيره فى قدر النقص أو الغش .

قوله : [كغيره] : أى من الأبواب التى يعبر فيها الاستثناء كالعتق والطلاق

ألف إلا مائة لزمه تسعمائة . وإذا قال : عليّ عشرة إلا ثمانية لزمه اثنان (وَصَحَّ) هنا الاستثناء المعنوى نحو قوله : (لَهُ الدَّارُ والبَيْتُ لِى . أو) : له (الخَاتَمُ وَفصُّهُ لِى إنْ وَصَلَ) ذلك بإقراره ، لا إن لم يصله كما تقدم .

* (وإنْ أشْهَدَ فى ذُكْرٍ) بضم الذال المعجمة : الوثيقة (بمائة ، وفى أخْرَى بمائة) وحاصله : أن المدعى أتى بوثيقتين ، كل فيها مائة ، وأشهد بهما (فالمائتَان) : لأن الأذكار أموال عند ابن القاسم وأصبغ وما مشى عليه الشيخ ضعيف ، بخلاف الإقرار المجرد عن الكتابة فمال واحد على التحقيق ؛ كما إذا أقر عند جماعة بأن عليه لفلان مائة ثم أقر عند آخرين بأن لفلان عليه

بشرطه وهو أن يتصل المستثنى بالمستثنى منه إلا لعارض ، وأن ينطق به ولو سراً فى غير هذا الباب. وأما هنا فلابد أن يسمع به غيره لأنه حق لمخلوق ولابد أن يقصد الاستثناء ، وألا يكون مستغرقاً ولا مساوياً فاستثناء الأكثر والمساوى باطل ، ويجوز استثناء الأكثر من المستثنى منه ،وإبقاء أقله نحو له عليّ عشرة إلا تسعة خلافاً لعبد الملك، وإذا تعدد الاستثناء فكل واحد مخرج مما قبله ، فإذا قال له: عليّ عشرة إلا أربعة إلا اثنين إلا واحداً فالواحد مستثنى من الاثنين يبقى منهما واحد مستثنى من الأربعة يبقى منها ثلاثة مستثناة من العشرة يبقى سبعة هى المقر بها .

قوله : [نحو قوله له الدار والبيت لى] : أى فهو فى راجع جميع الدار له إلا البيت، فإن تعددت بيوتها ولم يعين أمر بتعيينه وقبل منه .

قوله : [وحاصله أن المدعى] إلخ : المناسب أن يقول : بمعنى أن المدعى إلخ لأن شأن الحاصل أن يكون بعد تتميم الكلام لا فى أثناء الحل .

قوله : [لأن الأذكار أموال عند ابن القاسم] إلخ : حاصل المعتمد عند الشيخين أن المقر إذا كتب الوثيقتين أو أمر بكتبهما وأشهد على ما فيهما ولم يبين السبب أو بينه فيهما وكان متحداً فالمعتمد أنه يلزمه ما فى الوثيقتين ، سواء اتحد القدر أو اختلف ، وأما الإقرار المجرد عن الكتابة أو المصاحب لكتابة المقر له إذا تعدد فإن كان المقر به أولا وثانياً متحد القدر لزمه أحد الإقرارين ،وإن كان مختلف القدر لزمه الأكثر منها على المعتمد .

مائة، فمائة فقط؛ وهذا إذا لم يذكر اختلاف السبب واتفقا قدراً وصفة وإلا فالمائتان، نحو : له على مائة من بيع ، ثم قال : له على مائة من قرض أوقال : مائة محمدية ، ثم : مائة يزيدية .

● (وإنْ أبْرَأَ) إنسان (شَخْصاً مِمَّا له قِبَلَهُ ، أو) أبرأه (مِنْ كُلِّ حَقٍّ) له عليه (أو أبرأَهُ) وأطلق، (بَرِئَ مُطْلَقاً) مما فى الذمة وغيرها معلوماً أو مجهولا .

(حَتَّى مِنَ السَّرِقَةِ و) من (حَدِّ القَذْفِ) : إن كان سرق منه شيئاً أو قذفه ولم يبلغ الإمام. وأما قطع اليد فلا يبرأ منه لأنه حق لله ، وحينئذ: (فلاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ) عليه (بشَيْءٍ، وإن) كان حقاً مكتوباً (بِصَكٍّ ، أى وثيقة (إلاَّ ببينَةٍ) تشهد (أنَّه) : أى الحق المدعى به وقع (بعد الإبراء)

قوله : [وإلا فالمائتان] : أى بأن اختلف السبب أو اختلف القدر أو الصفة.

قوله : [نحو له على مائة من بيع] : مثال لاختلاف السبب .

وقوله: [أو قال مائة محمدية] : مثال لاختلاف الصفة ولم يمثل لاختلاف القدر وهو ظاهر كما إذا قال: مائة، وفى مجلس آخر قال: مائتان، فإنه يلزمه الأكثر.

قوله : [برئ مطلقاً] : أى حيث كانت البراءة بواحدة من تلك الصيغ الثلاث ، وأما غيرها فسيأتى .

قوله : [ولم يبلغ الإمام] : أى فإن بلغه فلا يصح إبراؤه ولابد من إقامة الحد إلا أن يريد الستر على نفسه فإذا أراد ذلك كان له إبراؤه ولو بلغ الإمام .

● تتمة : ظاهر النصوص أن البراءة تنفع حتى فى الآخرة فلا يؤاخذ العبد عند الله بحق جحده وأبرأه صاحبه منه، وهو أحد قولين ذكرهما القرطبى فى شرح مسلم، والقول الآخر : لا يسقط عنه مطالبة الله فى الآخرة بحق خصمه . ولا يجوز للوصى أن يبرئ الناس من حق المحجور البراءة العامة ، وإنما يبرئ عنه فى المعينات. وكذلك المحجور بقرب رشده ، ولايبرئ وصيه إلا من المعينات ولا تنفعه البراءة العامة حتى يطول رشده كستة أشهر فأكثر. وكذلك لا يبرئ القاضى الناظر فى الأحباس والمباراة العامة وإنما يبرئه من المعينات . وإبراؤه عموماً جهل من القضاة .

فله القيام حينئذ به .

* (وإنْ أبْرَأهُ مما مَعَهُ ، بَرِئَ من الأمَانَةِ) التى عنده كالوديعة والقراض (لا) من (الدَّيْنِ) الذى فى ذمته .

(و) إن أبرأ (ممَّا فى ذِمَّتِهِ فالعَكْسُ) : أى فيبرأ من الدين لا الأمانة ، لأن الأمانة ليست فى الذمة .

وإن أبرأه مما عنده برئ منهما عند المازرى ومن الأمانة فقط عند ابن رشد وهذا ظاهر إذا كان عليه دين وعنده أمانة ، وأما إذا لم يكن عنده إلا أحدهما برئ منه .

● (وَعُمِلَ بالعُرْفِ وقُوَّةِ القَرَائِنِ) : فإذا كان العرف مساواة « مع » لـ « علىّ » و « عندى » ، برئ مطلقاً . كما لو قامت القرائن على شىء من تخصيص أو إطلاق فإنه يعمل بها ، والله أعلم .

. . . .

فصل فى الاستلحاق وأحكامه

● (الاسْتِلْحَاقُ) فى العرف (إِقْرَار ذَكَرٍ) لا أنثى فلا استلحاق لأم (مُكَلَّفٍ) ولو سفيها خرج المجنون والمكره كالصبى (أَنَّهُ أَبٌ لِمَجْهُولٍ نَسَبُهُ) : ولو كذبته أمه لتشوّف الشارع للحوق النسب .

لا لمقطوع نسبه كولد الزنا المعلوم أنه من زنى ، ولا لمعلوم نسبه . ويحد من ادعى أنه أبوه حد القذف ، إلا أن يقر بالزنا ، فحد الزنا أيضاً . وإذا أقر أن مجهول النسب ابنه لحق به الولد .

(إِنْ لَمْ يُكَذِّبْهُ عَقْلٌ لِصِغَرِهِ) : أى مدعى الأبوة (أو عَادَةٌ) :

فصل :

أتبع الاستلحاق بالإقرار بالمال لشبهه به وإن خالفه فى بعض الصور .

فقوله : [فى الاستلحاق] : أى فى تعريفه ، والمراد بأحكامه : مسائله .

قوله : [فلا استلحاق لأم] : أى اتفاقا لأن الاستلحاق من خصائص الأدب دنية ولذلك لا يصح الاستلحاق من الجد على المشهور . وقال أشهب : يستلحق الجد . وتأوله ابن رشد على ما إذا قال : أبو هذا ولدى ، لا إن قال : هذا ابن ولدى ، فلا يصدق .

قوله : [لمجهول نسبه] : يستثنى منه اللقيط فإنه لا يصح استلحاقه إلا ببينة أو بوجه كما يأتى فى اللقطة .

قوله : [ولو كذبته أمه] : أى ولا يشترط أن يعلم تقدم ملك أم هذا الولد أو نكاحها لهذا المستلحق على المشهور ، وقال سحنون : يشترط ذلك ابن عبد السلام وهو قول لابن القاسم ووجه الأول أنهم اكتفوا فى هذا الباب بالإمكان فقط لتشوف الشارع للحوق النسب ما لم يقم دليل على كذب المقر .

قوله : [لصغره] : أى فلو كان صغير السن والمستلحق بالفتح كبيراً فإن ذلك يحيله العقل لما فيه من تقدم المعلول على علته .

كاستلحاقه من ولد ببلد بعيدة جداً يعلم أنه لم يدخلها أو شرع .

(فلو كَانَ) مجهول النسب المستلحَق- بالفتح-(رِقًّا ، أو مَوْلًى) : أى عتيقاً (لمُكَذِّبِهِ) : أى لشخص كذب الأب المستلحق له (لم يُصَدَّقْ) مدعى أبوته ، لأنه يتهم على نزعه من مالكه أو الحائز لولائه ؛ قال ابن القاسم فى المدونة : من استلحق صبياً فى ملك غيره فلا يلحق به إذا كذبه الحائز (ا هـ) . وظاهره : أنه لا يلحق به أصلا لا ظاهراً ولا باطناً . وقال فيها أيضاً : من باع صبياً ثم استلحقه به لحق به وينقص البيع والعتق . وقال فى موضع ثالث منها : من ابتاع أمة فولدت عنده فاستلحقه البائع أنه يلحق به وينقض البيع إن لم يقع عتق ، وإلا مضى العتق والولاء للمبتاع (اهـ) فكلامه يخالف بعضه بعضاً فى

قوله : [يعلم أنه لم يدخلها] : فإن شك فى دخوله فمقتضى ابن يونس أنه كذلك ، ومقتضى البراذعى صحة استلحاقه ، ومن المستحيل عادة استلحاق من علم أنه لم يقع منه نكاح ولاتسرّ أصلا فإن العادة تحيل أن يكون له ولد لأن كون الولد إنما يكون بين ذكر وأنثى عادى لا عقلى ولذا قيل فى قوله تعالى: (أَنَّى يَكُونُ لَهُ وَلَدٌ وَلَمْ تَكُنْ لَهُ صَاحِبَةٌ)[1] إن هذه حجة عرفية لا عقلية .

قوله : [فلوكان مجهول النسب] إلخ : مفرع على قوله أوشرع ، وإنما كانت الرقية والمولية مانعاً شرعياً لأنه يتهم على نزعه من مالكه أو مولاه كما يفيده الشارح .

قوله : [لأنه يتهم على نزعه] إلخ : اعترض بأنه لا يلزم من اللحوق نزعه من الرقية ، إذ قد يتزوج الحر الأمة ويولدها ، فالولد لاحق بأبيه ورقيق لسيد أمه ، ولذا قال ابن رشد : الظاهر من جهة النظر قول أشهب باللحوق، بل وقع مثله لابن القاسم فى سماع عيسى ، فكأن ابن القاسم فى قوله المشهور-وهو عدم اللحوق- رأى أن السيد قد تلحقه مضرة فى المستقبل لو ثبت اللحوق ، إذ قد يعتق هذا العبد ويموت عن مال فتقدم عصبة نسبه على سيده، فلتلك المضرة قيل بعدم اللحوق (اهـ - بن) .

قوله : [وظاهره] إلخ : لكن هذا الظاهر غير مسلم لما يأتى .

---

(١) سورة الأنعام آية ١٠١ .

الثلاثة مواضع ؛ ففهم الشيخ — رحمه الله — أن الأول يحمل على ما إذا لم يكن باع الولد ولا الأم وقوله : لا يلحق به ؛ أى فى ظاهر الحال حتّى ينزعه من المالك المكذب له ، فمعنى : لا يلحق به : أنه لا يصدق فى استلحاقه حتّى ينزعه من مالكه أو معتقه بنقض البيع أو العتق .

(لكِنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ) باطنًا ؛ (فيَحْرُمُ فَرْعُ كُلٍّ) منهما (علَى الآخَرِ) عملا بإقراره .

(وإنْ مَلَكَهُ) مستلحِقه بشراء أو غيره (عَتَقَ) الابن عليه (وتَوَارَثَا) توارث النسب .

(فإنْ صَدَّقَهُ) المالك أو من أعتقه نقض البيع والعتق وتم الاستلحاق، وهذا مفهوم قول ابن القاسم : إذا كذبه الحائز وهو ظاهر . وأما قوله الثانى : من باع صبيًا إلخ ، فهو صريح فى أنه باعه فيكون غير الأول فلا يناقضه، وإليه أشار بقوله : وفيها أيضًا إلخ . وأشرنا له بقولنا :

(أو عُلِمَ) عطف على «صدقه» أى وإن علم (تَقَدُّمُ مِلْكِهِ لَهُ) : أى ملك المستلحِق بالكسر للمستلحَق بالفتح ، كأن باعه وحده أو مع أمه لحق به ، صدَّقه المالك أو كذبه، و (نُقِضَ البيع) ورد الثمن للمشترى — وكذا العتق على الراجح — كما بالغ عليه بقوله : وإن أعتقه ؛ عملا بقول ابن القاسم الثانى ، فإن ابن رشد رجحه وضعف الثالث فى العتق . وكان الأولى التعبير بـ «أو» بدل «إن» جريا على قاعدته فى الرد بـ «لو»، فقولنا : «نقض البيع» ، أى

قوله : [حتّى ينزعه من مالكه] : مفرع على نفى التصديق . والمعنى أنه لا يصدق فى استلحاقه تصديقاً يوجب نزعه من مالكه إلخ .

قوله : [وهذا مفهوم قول ابن القاسم] : أى موافق لمفهوم قول ابن القاسم، وإلا ففى الحقيقة هو مفهوم قول المتن : فلو كان رقًّا أو مولى لمكذبه إلخ .

قوله : [عطف على صدقه] : أى والعطف يقتضى المغايرة فلذلك كان ينقض فى هذه البيع والعتق صدقه المالك أو كذبه .

قوله : [وضعف الثالث فى العتق]: إنما خص العتق بالتضعيف لأنه موضع الخلاف ، وأما نقض البيع فمتفق عليه فى الثانى والثالث .

العتق ، وهو جواب « إن » فهو راجع للمسألتين واستلزم النقض الاستلحاق .

• (و) إذا لحق الولد ونقض البيع أو العتق (رَجَعَ) المشترى على البائع المستلحق (بِنَفَقَتِهِ) عليه مدة إقامته عنده (كالثَّمَنِ) : أى كما يرجع عليه بالثمن .

ومحل الرجوع بالنفقة : (إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خِدْمَةٌ)فإن استخدمه فلا رجوع بالنفقة لأنها صارت فى نظير الخدمة . ولا رجوع للبائع إن زادت الخدمة على النفقة ، ويلحق الولد المذكور وينقض البيع فيرد الثمن ويرجع مشتريه بالنفقة إن لم يكن له خدمة (ولَوْ مَاتَ) : أى الولد : أى استلحقه بعد موته (وَوَرِثَهُ) أبوه المستلحق له بعد موته (إنْ وَرِثَهُ ولو وَلَداً)[1] أنثى فله منه السدس ، إن كان الولد ذكراً ، وله النصف إن كان أنثى فقط ، فإن لم يكن له ولد فلا يرثه لأنه متهم على أنه إنما استلحقه ليأخذ ماله مالم يكن المال قليلا لا بال له فإنه يرثه أيضاً . فقوله : «إن ورثه ولد » أى أو قلّ المال .

ومِثْلُ الاستلحاق بعد الموت : الاستلحاق فى مرضه ، وإلا فالإرث ثابت

قوله : [فهو راجع للمسألتين] : أى جواب عنهما وهما إذا صدقه سيده فى عدم علم تقدم ملكه له أو علم تقدم ملكه له صدقه أو كذبه .

قوله : [فلا رجوع بالنفقة] : أى قلت قيمة الخدمة على النفقة أو لا .

قوله : [ولا رجوع للبائع إن زادت الخدمة] : أى على الراجح. ومقابله: الرجوع بالنفقة مطلقاً عدمه مطلقاً .

قوله : [ولو مات الولد] : مبالغة فى محذوف قدره الشارح قبل ذلك بقوله : « ويلحق الولد المذكور » إلخ .

وقوله : [وورثه أبوه] : مرتب على قوله ولو مات . والمعنى أن له الاستلحاق ولو بعد الموت وحيث قلنا باستلحاقه بعد الموت فأبوه المستلحق يرثه إن ورثه ولد أو كان المال قليلا ، وماقيل فى الاستلحاق بعد الموت يقال فى الاستلحاق فى المرض كما يفيده الشارح .

قوله : [وإلا فالإرث ثابت] : أى وإلا بأن كان الاستلحاق فى حياة المستلحَق بالفتح ، وصحته .

---

[1] فى نسخة بدون « ولو » .

فى كل حال .

• (وإنْ بَاعَ أَمَةً) حاملا (فوَلَدَتْ) عند المشترى (فاستَلْحقَهُ) بائعه (لَحِقَ) الولد له مطلقًا ، كذبه المشترى أو لا ، أعتقه أو لا اتهم البائع فيها بمحبة أو لا كما تقدم . ويبقى الكلام فى أمه ، أشار له بقوله :

(ولا يُصَدَّقُ فيهَا) : أى فى الأم فلا ينقض البيع فيها (إن اتُّهِمَ) البائع فيها (بمَحَبَّةٍ أوْ وَجَاهَةٍ) : أى عظمة وجمال (أو عَدَم ثَمن) عند بائعها — بأن كان عديمًا — فيتهم على أنه بعد أن قبض ثمنها وصرفه أراد أن يرجع فى الأمة وولدها بدعوى الاستلحاق ولا يرد الثمن لعدمه فلا يصدق فيها.

(و) إذا لم يصدق فيها فيما إذا اتهم بشىء مما ذكر (لا يُردُّ الثَّمَن) أى لا يلزمه رده للمشترى ، وقيل : يرده لاعترافه بأنها أم ولد وإن لم يصدق ، ومشى عليه الشيخ لكنه ضعيف .

(كأَنْ) باعها بلا ولد و (ادَّعَى استيلادَهَا بسَابِقٍ) : أى بولد سابق على البيع ، فلا يصدق ولا ينقض البيع لأنه متهم على رده ، وقيل : يصدق فيرد البيع إذ لم يتهم بنحو محبة ، وهما قولان ذكرهما الشيخ .

• (وإن استَلْحَقَ) إنسان (غَيْرَ وَلَد) : بأن استلحق أخاً أو عمًّا أو أباً : بأن فلان أخى ، أو ، أبى ، أو عمى ، أو ابن عمى ، وتسمية هذا

وقوله : [فى كل حال]: أى كان له ولد أم لا، كان المال قليلا أو كثيراً.

قوله : [كما تقدم] : أى من ترجيح ابن رشد .

قوله : [وأن يصدق] : صوابه وإن لم يصدق :

قوله : [وقيل يصدق] : هذا هو الراجح كما فى المجموع والأصل ، وعلى القول بتصديقه فيرد الثمن إن ردت له حقيقة أو حكما بأن ماتت أو أعتقها المشترى كما يفيده النقل (اه خرشى) .

قوله : [وهما قولان] : أى فى المدونة .

قوله : [بأن فلان أخى] : هكذا نسخة المؤلف بغير تنوين، والمناسب تنوينه بالنصب لكونه اسماً لأن ولا وجه لمنعه من الصرف .

استلحاقاً مجاز – لأنه مجرد إقرار لما علمت – (لَمْ يَرِثْهُ) : أى لم يرث المقرّ به المستلحِق بالكسر (إنْ كَانَ) هناك (وَارِثٌ)للمقرّ كأخ أو أب أو عم معلوم.

(وإلاّ) يكن له وارث (وَرِثَ ، وإنْ لَمْ يَطُلْ الإقْرَارُ) قال : وخصه المختار بما إذا لم يطل الإقرار ، أى : خص الخلاف الذى ذكره بما إذا لم يطل . أما إن طال فلا خلاف فى الإرث . والراجح الإرث عند عدم الوارث .

قوله : [لما علمت] : أى من أن الاستلحاق مخصوص بالولد .

قوله : [إن كان هناك وارث] : أى حائز لجميع المال وإنما لم يرث المقر به فى هذه الحالة لأن المقر يتهم على خروج الإرث لغير من كان يرث ولا يعكر على هذا اعتبار الوارث يوم الموت لا يوم الإقرار ؛ لأن الشخص قد يترقب يوم موته فيعمل عليه بالاحتياط .

قوله : [وإلا يكن له وارث] : أى حائز كالأخ وما معه بأن لم يكن وارث أصلا أو وارث غير حائز كأصحاب الفروض .

قوله : [ورث وإن لم يطل الإقرار] : أى فيرث جميع المال إن لم يكن هناك وارث أو الباقى إن كان هناك ذوفرض ، وهذا هو الراجح بناء على أن بيت المال ليس كالوارث المعروف الذى يحوز جميع المال ، ومقابل الراجح مبنى على أنه كالوارث الحائز لجميع المال، فعليه لايتأتى إرث المقر به لأن بيت المال وارث حائز دائماً ويجرى هذا التفصيل فى إرث المستلحق بالكسر من المستلحق بالفتح حيث صدقه على استلحاقه لأن كلاً منهما حينئذ مقر بصاحبه فلوكذبه فلا إرث ، وإن سكت فهل هو كالتصديق أو يرث المستلحق بالفتح فقط على تفصيل المصنف تردد.

قوله : [أما إن طال] إلخ : الطويل معتبر بالسنتين .

● تنبيه : يستثنى من محل الخلاف ما إذا أقر شخص بمعتقه بأن قال: أعتقنى فلان ، فإنه كالإقرار بالبنوة فيرث المقرّ به من غير خلاف حيث لم يكن له وارث حائز ، لأنه إقرار على نفسه فقط ؛ لأن المعتوق يورث غيره ولا يرث هو فهو داخل فى قول المصنف : «ويؤاخذ المكلف بإقراره». بخلاف الإقرار بنحو الأخوة فهو إقرار على الغير أيضاً لأن كلاً منهما يرث الآخر ، والإقرار على الغير فى المعنى دعوى .

* (وإنْ أقَرَّ عَدْلان) مات أبوهما مثلا (بثالث ثَبَتَ النَّسَبُ) للثالث (وإلاّ) يكونا عدلين بل مجروحين ، أو كان عدل واحد ، لم يثبت نسب و (وَرِثَ) المقرّ به (مِنْ حِصَّةِ المُقِرِّ ما نَقَصَهُ الإقْرَارُ) من حصة المقر ، كان عدلا أم لا ، ولا يمين . والتفصيل الذى ذكره الشيخ ضعيف .

(فَلَوْ تَرَكَ شَخْصٌ أمًّا وأخًا فأقَرَّتْ) الأم (بأخ) ثان للميت وأنكره الأخ (فلَهُ) أى للمقر به (مِنْهَا السدُسُ) لحجبها بهما من الثلث إلى السدس ، فلو تعدد الأخ الثابت النسب فلا شىء للمقر به إذ لا تنقص الأم عن السدس .

قوله : [بثالث] : أى بالنسبة لهما وإلا فقد يكون رابعاً أو خامساً .

قوله : [ثبت النسب] : أى ويأخذ من التركة كواحد منهم ويحرم عليه نكاح أم الميت وابنته إن كان المقرّ به ابناً أو أخاً للميت .

قوله : [لم يثبت نسب] : أى وحيث لم يثبت نسب فلا يحرم على المقرّ به على أنه أخ للميت أو ابن تزوج بينته أو أمه ، وإنما لم يثبت النسب فى هذه الحالة لإجماع أهل العلم أنه لايثبت النسب بغير العدول ، ولو كانوا حائزين للميراث كما لابن يونس ، وقال المازرى بثبوت النسب بإقرار غير العدول إذا كانوا ذكوراً وحازوا الميراث كله والمعتمد الأول .

قوله : [والتفصيل الذى ذكره الشيخ] : أى حيث قال وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب وإلا فحصة المقر كالمال .

قوله : [فلو ترك شخص أمًّا وأخاً] : من ذلك أيضاً ما إذا كان الميت خلف ثلاثة أولاد أقر اثنان منهم غير عدلين بأخ آخر وأنكره الثالث فإنه يقسم على الإنكار وعلى الإقرار ، فسألة الإقرار أربعة ، ومسطحهما اثنا عشر لتباينهما ؛ فاقسمها على الإنكار يخص كل واحد أربعة وعلى الإقرار يخص كل واحد ثلاثة ، فالذى نقصه إقرار كل واحد من المقرين واحد فيعطى الاثنان للمقر به .

قوله : [فلا شىء للمقر به] : أى فقولهم للمقر به ما نقصه الإقرار إن كان الإقرار منقصًا .

● تتمة : إن قال رجل : أحد أولاد الأمة الثلاثة ولدى ، ومات ولم يعينه ؛ عتق

. . . .

الأصغر كله على كل حال لأنه إن كان ولده فظاهر ، وإن كان ولد غيره فهو ولد أم ولد عتقت بموت سيدها فيعتق معها ، وثلثا الأوسط لأنه حر بتقديرين،وهما كونه المقر به أو الأكبر ورقيق بتقدير واحد وهو كون المقر به الأصغر ، وثلث الأكبر لأنه حر بتقدير واحد وهو كونه المقربه ورق بتقديرين وهما كون المقر به الأوسط أو الأصغر وإن افترقت أمهاتهم فواحد يعتق بالقرعة ولا إرث لواحد منهم افترقت أمهاتهم أم لا .

● مسألة : إن أقر شخص عند موته بأن فلانة جاريته ولدت منه فلانة ولها ابنتان أيضاً من غيره ونسيتها الورثة والبينة فلم يعلموا اسمها الذى سماه لهم ؛فإن أقر بذلك الورثة مع نسيانهم اسمها فهن أحرار ولهن ميراث بنت يقسم بينهن ولا نسب لواحدة منهن ، وإلا يقر الورثة بذلك لم يعتق منهن شيء لأن الشهادة حينئذ كالعدم ، وأما إذا لم تنس البينة اسمها فهى حرة ولها الميراث ، أنكرت الورثة أو اعترفت .

● مسألة أخرى : لو استلحق رجل ولداً ولحق به شرعاً ثم أنكره ثم مات الولد بعد الإنكار فلا يرثه أبو المنكر ووقف ماله، فإن مات الأب فلورثته؛ لأن إنكاره لايقطع حقهم وقضى به دينه إن مات وعليه دين ، وإن قام غرماؤه عليه وهو حى أخذوه فى دينهم ، وأما لو مات الأب أولا فإن الولد يرثه ولايضر إنكار أبيه ، ويلغز بهذه المسألة : ابن ورث أباه ولاعكس وليس بالأب مانع ، ويقال أيضاً: مال يرثه الوارث ولا يملكه مورثه، ويقال أيضاً : مال يوقف لوارث الوارث دون الوارث ويقال أيضاً: مال يقضى منه دين الشخص ولا يأخذه هو .

باب
فى الوديعة وأحكامها

● (الوَدِيعَةُ) مأخوذة من الوَدْع بفتح الواو : بمعنى الترك ، وفعيلة : بمعنى مفعولة ، وحقيقتها عرفاً : (مَالٌ) فمن استحفظ ولده أو زوجته غيره فلا يسمى وديعة عرفا (مُوَكَّلٌ) : اسم مفعول أى وَكَّلَ ربه غيره (عَلَى حِفْظِهِ) :

باب :

حكمها كما قال (شب) عن ابن عرفة : من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة ، وقد يعرض وجوبها : كخائف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها . وحرمتها : كمودع شىء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها ليردها إلى ربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة ، ولذا ذكر عياض فى مدارکه عن بعض الشيوخ : أن من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء ، ثم قال : وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه ، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه (اهـ) .

قوله : [بمعنى الترك] : أى ومنه قوله تعالى : (مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى)[1] أى ما ترك عادة إحسانه فى الوحى إليك لأن المشركين ادعوا ذلك لما تأخر عنه الوحى .

قوله : [وفعيلة بمعنى مفعولة] : المناسب التفريع بالفاء .

قوله : [وحقيقتها عرفاً] : أى وأما لغة : فهى الأمانة ، وتطلق على الاستنابة الحفظ . وذلك يعم حق الله وحق الآدمى .

قوله : [أى وكل ربه غيره على حفظه] : أى فالإيداع نوع خاص من التوكيل لأنه توكيل على خصوص حفظ المال . وإذا علمت أن الإيداع توكيل خاص تعلم أن كل من جاز له أن يوكل وهو البالغ العاقل الرشيد جاز له أن يودع ،

---

(١) سورة الضحى ٣ .

أى مجرد حفظه ، فخرج القراض والإبضاع والمواضعة والوكالة .

● ولما كانت الوديعة أمانة ، وكل أمانة لايضمنها الأمين إلا إذا فرّط مَنْ يصح توكيله فيها ، أشار لذلك قوله :

(تُضْمَنُ بِتَفْرِيطِ رَشِيدٍ ،لا) بتفريط (صَبِىّ و)لا (سَفِيهٍ) وكذا عبد لم يأذن له سيده ، لعدم صحة وكالتهم كما تقدم . فمن استودع واحداً منهم فهو المفرط فى ماله إلا أن فى العبد تفصيلا سيذكر قريباً (وإنْ أَذِنَ أَهْلُهُ) : أى ولى الصبي والسفيه فلا ضمان، إلا فيما صَوَّنَ به ماله وهو ملىء كما تقدم .

وأشار للتفصيل فى العبد بقوله :

(ويَضْمَنُهَا) العبد (غَيْرُ المأذُونِ) إذا قبلها بغير إذن سيده وفرط (فى ذِمَّتِهِ إنْ عَتَقَ) لا إن لم يعتق (إلا أن يُسْقِطَهَا) : أى يسقط ضمانها (عَنْهُ سَيِّدُهُ قَبْلَهُ) . أى قبل العتق فلا ضمان عليه .

ومن جاز له أن يتوكل جاز له أن يقبل الوديعة .

قوله : [فخرج القراض] : أى لأنه موكل على حفظه والتجر فيه والإبضاع ، لأنه موكل على حفظه والتصرف فيه بما أمره المالك،وخروج الأمة التى تتواضع لأنه ليس المقصود منها حفظ ذات الأمة من حيث هى ، بل المحافظة عليها لأجل رؤية الدم .

وقوله : [والوكالة] : أى مطلقاً على نكاح أو طلاق أو اقتضاء دين أو مخاصمة لأنه ليس توكيلا على مجرد حفظ مال .

قوله : [من يصح توكيله] : أى وهو البالغ العاقل الرشيد .

قوله : [سيذكر قريباً] : أى فى قوله ويضمنها العبد غير المأذون إلخ

قوله : [إلا فيما صون به ماله] : أى يضمن قدر المال الذى صون كما لو كان يصرف من ماله كل يوم عشرة فانتفع بتلك الوديعة فى يوم من الأيام ، فإنه لا يؤخذ من ماله إلا مقدار عشرة ولو كانت الوديعة مائة .

قوله : [غير المأذون] : أى وغير المكاتب .

قوله : [إلا أن يسقطها] : أى لأن للسيد إسقاط الحقوق المالية التى تعلقت بالعبد غير المأذون قبل عتقه ويصير لا تبعة عليه بعد ذلك .

وأما المأذون له فى التجارة فيضمنها فى ذمته عاجلا فى ماله لامال السيد، ولا يتوقف الضمان على عتقه . وكذا الصبى إذا نصبه وليه للتجارة فقولهم :لا ضمان على صبى فرط وإن أذن له وليه : أى مالم ينصبه للتجارة والمعاملات بين الناس .

● ثم بين وجوه التفريط بقوله :

(فَتُضْمَنُ) الوديعة (بِسُقُوطِ شَيْءٍ عَلَيْهَا مِنْهُ) : أى من يد المودع ولو خطأ لأن الخطأ كالعمد فى الأموال وزدنا عليه لفظ منه لبيان مراده إذ هو محل التفريط (لا)يضمن (إن انكَسَرَتْ) الوديعة منه (فِي نَقْلِ مِثْلِهَا المُحْتَاجِ إليْهِ) من مكان إلى آخر . فإذا لم تحتج إلى النقل فنقلها ، أو احتاجت ونقلها نقل غير مثلها ضمن إن انكسرت . ونقل مثلها : ما يرى الناس أنه ليس فيه بمفرط فزيادتنا عليه : « المحتاج إليه » لا بد منها .

قوله : [وأما المأذون له فى التجارة] : أى ومثله المكاتب .

قوله : [أى ما لم ينصبه للتجارة] : أى كالصبيان الجالسين فى الدكاكين بمصر : فضمانهم كضمان الحر الرشيد لأن يدهم بمنزلة يد أوليائهم .

قوله : [ولو خطأ] : أى هذه إذا كان السقوط عمداً : بل ولو كان خطأ كمن أذن له فى تقليب شيء فسقط من يده فكسر غيره فلا يضمن الساقط لأنه مأذون له فيه ، ويضمن الأسفل بجنايته عليه خطأ والعمد والخطأ فى أموال الناس سواء كما أفاده الشارح ، وفى (ح)لايجوز للمودع إتلاف الوديعة ولو أذن له ربها فى إتلافها ، فإن أتلفها ضمنها لوجوب حفظ المال كمن قال لرجل اقتلنى أو ولدى .

قوله : [ضمن إن انكسرت] : أى فى الصور الثلاث .

والحاصل : أن الصور أربع ؛ لاضمان فى صورة المصنف : وهى ما إذا احتيج للنقل ونقلها نقل مثلها فانكسرت ، والضمان فيما عداها : وهو ما إذا لم تحتج لنقل ونقلها فانكسرت ؛ كان نقل مثلها أم لا أو احتاجت للنقل ونقلها غير نقل أمثالها فانكسرت .

قوله : [ونقل مثلها ما يرى الناس] إلخ : أى وهو يختلف باختلاف الأشياء ؛ فبعض الأشياء شأنه أن يحمل على جمل ، وبعضها على حمار ، وبعضها على الرجال ، وبعضها يناسبه المشى بسرعة ، وبعضها على مهل .

* (و) تضمن (بِخَلْطِهَا) : أي الوديعة بغيرها إذا تعذر تمييزها عما خلطت فيه .

(إلاّ كَقَمْحٍ) وفول من سائر الحبوب (بِمِثْلِهِ) نوعاً وصفة ، فإن خلط سمراء بمحمولة ضمن ، وكذا جيد برديء أو نقيّ بغلث . ودخل تحت الكاف دنانير بمثلها ، أو دراهم بمثلها ؛ لأنها لا تراد لعينها .

(أو دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ) لتيسر التمييز فلا يضمن إذا خلطها (لِلإِحْرَازِ أو الرِّفْقِ) : راجع للصورتين فإن لم يكن الخلط للصون ولا للارتفاق ضمن ؛ لاحتمال عدم تلفها أو ضياعها لو كانت على حدة ، ويعلم ذلك بقرائن الأحوال التي تقتضي التفريط وعدمه . وكون القيد راجع للمسألتين ظاهر . فالاعتراض على الشيخ بأن القيد إنما ذكروه في الأولى دون الثانية مما لا يلتفت إليه .

قوله : [إذا تعذر تمييزها] : أي كما لو كانت الوديعة سمناً وخلطها بدهن أو زيت فتضمن وإن لم يحصل فيها تلف .

قوله : [فإن خلط سمراء بمحمولة] إلخ : مثال لما اختلفت صفته . وإنما ضمن لتعذر التمييز بعد ذلك ، وكذلك خلط مختلفي النوع كقمح بأرز .

قوله : [ودخل تحت الكاف] : أي التي في قول المصنف : «لا كقمح» أي : فلا ضمان في ذلك أيضاً لأنها لا تراد لعينها كما أفاده الشارح .

قوله : [وكون القيد راجع للمسألتين] : أي مسألة خلط الحبوب بمثلها والدراهم بالدنانير والمناسب نصب راجع لأنه خبر الكون .

قوله : [فالاعتراض على الشيخ] : أصل الاعتراض لابن غازي قائلا : هذا القيد للأولى خاصة ؛ لأنه الذي في المدونة ، وأما الثانية فلا ضمان فيها ولو فعل ذلك لغير الإحراز . ورد عليه بأن أبا عمران وأبا الحسن قيد الثانية أيضاً بذلك كذا في (عب). ورد عليه (بن) : بأن تقييدهما إنما وقع لمسألة خلط الدراهم بمثلها والدنانير بمثلها وهو مما أدخلته الكاف في الأولى ، وأما خلط الدنانير بالدراهم فلم يقع من أحد تقييدها بذلك (اهـ) فعلم من هذا أن كلام ابن غازي لا غبار عليه من رجوع القيد للصورة الأولى ، وأما الثانية فلا ضمان فيها مطلقا فعله للإحراز أولا .

(ثُمَّ إنْ تَلِفَ بَعْضُهُ) بعد الخلط (فَبَيْنَكُمَا) على حسب الأنصباء من النصف أو الثلث أو غيرهما ، فإذا ضاع اثنان من أربعة لأحدهما واحد وللثانى ثلاثة فالاثنان الباقيان لصاحب الثلاثة منهما واحد ونصف ولصاحب الواحد نصف وهكذا .

(إلاَّ أنْ يَتَمَيَّزَ) التالف من السالم — كما فى خلط الدنانير والدراهم — فما تلف فعلى ربه خاصة .

* (و) يضمن (بانتِفَاعِهِ بِهَا) بلا إذن من ربها ، فتلفت أو تعيبت بسبب ذلك ؛ كركوب الدابة واستخدام العبد ولبس الثوب . واختلف فيما إذا هلك فى استعماله بأمر من الله تعالى فقال سحنون: يضمن لأنه كالغاصب وقال ابن القاسم : لا يضمن بناء على أن الغالب فيما تعطب بمثله السلامة ؛ كما لو أرسل العبد أو ركب الدابة لنحو السوق فمات من الله .

قوله : [على حسب الأنصباء] : هذا هو المعتمد ومقابله أن ما تلف يكون على حسب الدعاوى .

قوله : [فعلى ربه خاصة] : قال فى الحاشية: يؤخذ من هذا أن المركب إذا وسقت بطعام لجماعة غير شركاء وأخذ الظالم منهم شيئاً فإن كان الطعام مخلوطاً بعضه على بعض فمصيبة ما أخذ من الجميع تقسم على حسب أموالهم ، وأما إذا كان غير مختلط فما أخذ مصيبته من ربه ، وأما ما جعله الظالم على المركب بتمامها فيوزع على جميع ما فيها كان هناك اختلاط أولا كالمجعول على القافلة .

قوله : [ويضمن بانتفاعه بها] : أى على وجه العارية ، وأما على وجه السلف فسيأتى .

قوله : [وقال ابن القاسم لايضمن] : قال (عب) : إذا انتفع بالوديعة انتفاعاً لاتعطب به عادة فتلفت بسماوى أو غيره فلا ضمان ، فإن تساوى الأمران — العطب وعدمه— فالأظهر كما يفيده أول كلام ابن ناجى الضمان ولو بسماوى ، وكذا إن جهل الحال للاحتياط . قال فى حاشية الأصل : والحاصل أن الصور ثمان فإذا ركبها لمحل تعطب فى مثله غالباً أو استوى الأمران وتلفت ضمن كان التلف بسماوى أو بتعديه ، وإن ركبها فيما يندر فيه العطب فلا ضمان عطبت بسماوى أو

* (أَوْ سَفَرِهِ) بها : أى إذا سافر فأخذ الوديعة معه فضاعت أو تلفت فإنه يضمن (إنْ وَجَدَ أَمِينًا) يتركها عنده لأنه حينئذ صار مفرطًا بأخذها معه . فإن لم يوجد أمينًا يتركها عنده - بأن لم يجد أمينًا أصلا ، أو وجده ولم يرض بأخذها عنده - فلا ضمان عليه إذا سافر بها فتلفت لأنه أمر تعين عليه .

(إلاَّ أنْ تُرَدَّ) بعد الانتفاع بها أو بعد سفره بها (سَالِمَةً) لموضع إيداعها ثم تلفت أو ضاعت بعد ذلك بلا تفريط فلا يضمن (والقَوْلُ له) : أى لمن انتفع بها أو سافر بها عند وجود أمين (فى رَدِّهَا سَالِمَةً) لمحل إيداعها إذا خالفه ربها فى ذلك وهذا (إنْ أَقَرَّ بالفِعْلِ) : أى بأنه انتفع بها أو سافر .

(لا إنْ) أنكر ذلك و (شُهِدَ عَلَيْهِ) به ، فادعى رجوعها سالمة لمحل إيداعها فلا يقبل قوله ويضمن .

● (وَحَرُمَ) على المودَع بالفتح (سَلَفُ مُقَوَّمٍ) أودع عنده كثياب

بغيره من غير تعديه كما قال ابن القاسم خلافاً لسحنون إذا علمت ذلك فكلام الشارح فى غاية الإجمال .

قوله : [فإن لم يوجد أميناً] : هكذا نسخة المؤلف ، وحق العبارة بناء الفعل للمجهول ورفع أميناً على أنه نائب فاعل ، ومثله يقال فى قوله : « بأن لم يوجد أميناً » . أو يحذف الواو ويبنى الفعل للفاعل ويبقى أميناً على نصبه لأن وجد كوعد يقال فى مضارعه يجد كيعد فتأمل .

قوله : [عند وجود أمين] : أى لا يمتنع من قبولها .

قوله : [فى ردها سالمة] : أى وحيث كان القول له إذا ردت سالمة بعد انتفاعه بها فلربها أجرتها إن كان مثله يأخذ ذلك وإلا فلا ، هذا هو الحق خلافاً لما ذكره (ح) فى أول الغصب من إطلاق لزوم الأجرة كذا فى الحاشية .

قوله : [فادعى رجوعها سالمة] : مفهومه لو شهدت له بينة على الرجوع سالمة أنه يقبل ولا ضمان عليه .

قوله : [: سلف مقوم] : حاصل ذلك أن الوديعة إما من المقومات أو المثليات . وفى كل إما أن يكون المودع بالفتح مليًّا أو معدماً . فالصور أربع ؛ فإن كانت من المقومات حرم تسلفها بغير إذان ربها مطلقاً كان المودع المتسلف لها مليًّا أو معدماً ،

وحيوان بغير إذن ربه ؛ لأن المقومات تراد لأعيانها وسواء كان المتسلف مليًّا أو معدمًا .

(و) حرم تسلف (مُعْدِمٍ) : أى معسر ولو لمثلى لأنه مظنة عدم الوفاء . والشأن عدم رضا ربها بذلك .

* (وكُرِه) للملى (النَّقْدُ والمِثْلِيُّ) من عطف العام على الخاص : أى تسلفهما ، لأن الملى مظنة الوفاء مع كون مثل المثل كعينة ، إذ المثليات لا تراد لأعيانها . ومحل الكراهة إذا لم يكن سيئ القضاء ولا ظالمًا وإلا حرم .

* (كالتجارة) بالوديعة ؛ فإنها تحرم إن كان مقومًا أو مثليًّا والتاجر معدماً ، وإلا كره فالتشبيه تام على الصواب .

(والرِّبْحُ) الحاصل من التجارة (له) : أى المودع بالفتح . وردّ على ربها مثل المثلى وقيمة المقوم .

وإن كانت من المثليات حرم أيضاً إن كان معدماً وكره إن كان مليًّا ومحل الكراهة حيث لم يبح له ربها ذلك أو يمنعه بأن جهل الحال وإلا أبيح فى الأول . ومنع فى الثانى ومنعه لها إما بالمقال أو القرائن .

قوله : [ما إذا لم يكن سيئ القضاء]: المناسب حذف «ما وإذا» ، والمعنى : أنه إذا كان يعلم من نفسه سوء القضاء فإنه يحرم عليه ولا يفتى له بكراهة ذلك بل بالحرمة والظالم المستغرق الذمم كذلك لأنه لو رد لرد لنا حراماً فراده بالظالم المستغرق الذمم والمناسب للشارح نصب ظالم لأنه معطوف على خبر يكن .

قوله : [والتاجر معدماً] قيد فى المثلى .

قوله : [وإلا كره] : أى وإلا بأن كان المال مثليًّا والتاجر مليئاً غير سيئ القضاء ولا مستغرق الذمم .

قوله : [فالتشبيه تام على الصواب] : ومقابله أن التشبيه فى الكراهة فقط فى جميع المسائل .

قوله : [والربح الحاصل] : أى بعد البيع كانت التجارة حراماً أو مكروهة .

قوله : [وقيمة المقوم] : أى حيث فات فإن كان قائماً فربه مخير بين أخذه ورد البيع وإمضائه وأخذ ما بيع به . وأما فى الفوات فليس له إلا القيمة ولو

* (وبَرِئَ) متسلف الوديعة وكذا تاجر فيها بلا إذن (إنْ رَدَّ المِثْلِيَّ لمحَلِّه) الذى أخذه منه سواء كان المثلى نقداً أو غيره ، وسواء كان السلف له مكروها — كالملى — أو محرماً كالمعدم ، فإن تلف بعد رده فلا ضمان عليه . بخلاف المقوم فلا يبرأ بذلك ؛ لأنه بتصرفه فيه وفواته لزمته قيمته لربه .

(وصُدِّقَ) المتسلف (فى رَدِّهِ) لمحله إذا لم تقم له بينة (إنْ حَلَفَ) فالقول له بيمينه أنه رده .

(إلاَّ) أن يكون تسلفها تسلفاً جائزاً بأن تسلفها (بإذْنٍ) من ربها (أو يَقُولَ) له ربها : (إنْ احتَجْتَ فَخُذْ) فأخذ ، (فَبِرَدِّهَا) : أى فلا يبرأ إلا بردها (لِرَبِّها) : ولا يبرئه ردها لمحلها ؛ لأنها بالإذن انتقلت من الأمانة إلى الدين فى الذمة .

(كالمُقَوَّمِ) فإنه إذا تسلفه فلا يبرأ إلا برده لربه كما تقدم .

* (و) إذا أخذ البعض منها بإذن أو بلا إذن (ضَمِنَ المأخُوذَ فَقَطْ) على التفصيل المتقدم ، وما لم يأخذه لم يضمنه ؛ رد إليه ما أخذه أم لا .

(و) تضمن (بقَفْلٍ) عليها (نُهِيَ عَنْهُ) بأن قال له ربها لا تقفل

أبدله بعرض آخر مماثلاً له كما هو مفاد كلام الأشياخ خلافاً لما فى الخرشى .

قوله : [بخلاف المقوم فلا يبرأ بذلك] : أى سواء تسلفه ملىء أو غيره ، فإذا تسلف المقوم شخص فلا يبرأ منه إلا بالإشهاد على الرد لربه ولاتكفى الشهادة على الرد لمحل الوديعة .

قوله : [فالقول له بيمينه] : أى ولا بد أن يدعى أنه رد عينه أو صفته ، فإن نكل عن اليمين غرم .

قوله : [كما تقدم] : أى من أنه بمجرد تصرفه وفواته لزمته قيمته لربه .

قوله : [على التفصيل المتقدم] : أى فإن كان مكروهاً ورده فلا ضمان عليه لما أخذه ولا لما يأخذه وإن كان جائزاً بأن تسلفه بالإذن تعلق البعض الذى أخذه بذمته فلا يبرأ إلا بتسليمه لربه وإن كان حراماً فلا يبرأ إلا بتسليمه لربه إن كان مقوماً ، وإن كان مثلياً صدق بيمينه أنه رده بعينه أو صفته .

قوله : [وتضمن بقفل] : بفتح القاف بمعنى الفعل كما يقتضيه مزج الشارح

عليها الصندوق مثلا ، لكونه خاف عليها من لص لأن شأن اللص أن يقصد ما قفل عليه ، فقفل عليها فسرقت . بخلاف ما لو تلفت بسماوى أو حرق بلا تفريط فلا يضمن لأنها لم تتلف من الجهة التى خاف منها .

(و) تضمن (بوَضْعٍ) لها (فى نُحَاسٍ ، فى أَمْرِهِ) بوضعها (بِفَخَّار فسرِقَتْ) .

فإن لم يأمر بشىء لم يضمن حيث وضعها بمحل يؤمن عادة كما لا يضمن إذا تلفت بغير سرقة .

(لا إن زَادَ قُفْلاً) على قفل أمره به فلا يضمن ، إلا إذا كان فيه إغراء للص (أو أَمَرَ بِرَبْطِهَا بكم فأخذها بِيَدِهِ أو جَيْبِهِ) فلا ضمان إن غصبت أو سقطت ، لأن اليد أحرز منهما . إلا أن يكون شأن السارق أو الغاصب قصد الجيب .

* (و) تضمن (بنسْيَانِهَا بِمَوْضِعِ إِيدَاعِهَا) ؛ فأَوْلَى غيره ، لأن عنده

لا بالضم بمعنى الآلة ، وإن صح أيضاً من جهة الفقه .

قوله : [بخلاف مالو تلف بسماوى أو حرق] : أى والموضوع أنه خالف وقفل عليها . ومفهوم قوله نُهى عنه أنه لو قفل عليها من غير نهى من صاحبها لا ضمان أو ترك القفل مع عدم النهى وعدم الأمر لا ضمان ، وذكر ابن راشد أنه لو جعلها فى بيته من غير قفل وله أهل يعلم خيانتهم فإنه يضمن لمخالفته العرف .

قوله : [فأخذها بيده] : أى فلا ضمان عليه مالم يكن المودع قصد إخفاءها عن عين الغاصب .

وقوله : [أو جيبه] : ظاهره كان الجيب بصدره أو جنبه وهو مقتضى كلام بهرام،واستظهر فى الحاشية قصره على الأول ،وأنه يضمن بوضعها فى جيبه إذا كان بجنبه، ولو جعلها فى وسطهوقد أمره بجعلها فى عمامته لم يضمنوضمن فى العكس، وكذا لو أمره بالوسط فجعلها فى جيبه أو كمه كما فى (بن) .

قوله : [لأن اليد أحرز منهما] : هكذا نسخة المؤلف ،وصوابه: لأن اليد أو الجيب أحرز منه فتأمل .

قوله : [نسيانها بموضع إيداعها]: أى وأولى فى غيره ، كما لو حمل مالاً

نوعاً من التفريط .

(و) تضمن (بدخول حمام) بها ، أو دخول سوق بها فضاعت .

(و) تضمن (بخروجه بها يظنها له فتلفت) راجع لجميع ما قبله ، وإنما ضمن فيما إذا خرج بها يظن أنها له ؛ لأنه من الخطأ وهو كالعمد فى المال .

* (لا) يضمن (إن نسيها) مربوطة (فى كمه) فضاعت إن أمره بوضعها فيه .

(أو شرط عليه الضمان) فيما لا ضمان فيه ، بأن كان مما لا يغاب عليه ،

لإنسان يشترى له به بضاعة من بلد آخر حتى أتى لموضع نزل ليبول مثلا فوضعه بالأرض ثم قام ونسيه فضاع ولا يدرى محل وضعه ، فإنه يضمن لأن نسيانه جناية وتفريط كما أفتى به ابن رشد خلافاً لفتوى الباجى بعدم الضمان فى هذه المسألة .

قوله : [بدخول حمام بها]: أى أو دخوله الميضأة لرفع حدث أصغر أو أكبر ، ومحل الضمان حيث كان يمكن وضعها فى محله ،أو عند أمين ولو كان المودع غريباً فى البلد لقدرته على سؤاله فيها عن أمين يجعلها عنده حتى يقضى حاجته . وأعلم أن قبوله لها وهو ذاهب للسوق كقبوله لها وهو يريد الحمام ، فإذا قبلها وضاعت فى السوق أو الحمام ضمنها إن كان يمكنه وضعها عند أمين ،ومحل الضمان أيضاً مالم يعلم ربها أن المودع ذاهب للسوق أو الحمام عند الإعطاء ، فإن علم بذلك فلا ضمان إذا ضاعت فى الحمام أو السوق قياساً على ما إذا أودعه وهو عالم بعورة منزله كذا قرر شيخ مشايخنا العدوى .قال (عب) : والظاهر أنه إذا دخل الحمام بها لعدم من يودعها عنده فإنه يؤمر بوضعها عند رئيس الحمام ، فإن لم يودعها عنده وضاعت ضمنها كما هو عرف مصر .

قوله : [مربوطة] : أى وأما لو كانت غير مربوطة ونسيها فضاعت فإنه يضمنها لأنه ليس بحرز حينئذ .

قوله : [بأن كان مما لا يغاب عليه] إلخ : خروج عن الموضوع . والصواب أن يقول : بأن ضاعت بغير تفريط لأن الضمان هنا تابع للتفريط لا لما يغاب عليه إلى آخر ما قال ، فإن ما قاله مخصوص بالرهان والعوارى تأمل .

أو قامت على هلاكه بينة ، فلا يعمل بالشرط ولا ضمان .

* (و) تضمن (بإيداعها لغير زوجة وأمة اعتيدا) للوضع عندهما ، فإذا اعتيدا فلا ضمان عليه ، وألحق بهما الخادم المعتاد للإيداع والمملوك والابن كذا مع التجربة وطول الزمان وغيرهما : شامل للزوجة والأمة غير معتادين، وللأب والأم وغيرهما مطلقاً ولو أراد سفراً مع إمكان الرد .

* (إلا لعذر حدث) بعد الإيداع للمودع بالفتح ، كهدم الدار وطروّ جار سوء أو ظالم و (كسفر) أراده (وعجز عن الرد) لربها لغيبته أو سجنه ، فيجوز الإيداع لغير الزوجة والأمة المعتادين ولا ضمان إن تلفت واحترز بقوله : «حدث» عما إذا كان حاصلا قبل الإيداع وعلم ربها به فليس له إيداعها وإلا ضمن فإن لم يعلم ربها بالعذر فليس للمودع قبولها فإن قبلها وضاعت ضمن مطلقاً أو دعها أولا .

(ولا يصدق) المودع – بالفتح – (فى العذر) إن أودعها وضاعت وادعى أنه إنما أودعها لعذر (إلا ببينة) تشهد له (بالعذر) : أى بعلمهم به لا بقوله : اشهدوا أنى أودعتها لعذر من غيرها به .

(وعليه استرجاعها) وجوباً (إن) زال العذر المسوّغ لإيداعها أو

قوله : [وغيرهما شامل] إلخ : رجوع لمنطوق المتن .

والحاصل أن المستفاد من المتن والشارح أن الضمان لا ينتفى عنه إلا إذا وضعها عند زوجة أو أمة أو خادم أو مملوك أو ابن اعتيد هؤلاء الخمسة لذلك مع التجربة وطول الزمان ، فإن لم يعتد هؤلاء الخمسة أو وضعها عند غيرهم من أب أو أم ، أو وضعت الزوجة عند زوجها أو عند أجانب فإنه يضمن اعتيد من ذكر للوضع أم لا ، إلا لعذر حدث كسفر وعجز عن الرد وهذا هو المعول عليه .

قوله : [وغيرهما مطلقاً] : أى اعتيد أم لا .

قوله : [من غيرها به] فيه حذف مضاف تقديره من غير علمها به ، والمعنى : من غير علمها بالعذر ، فالضمير فى « به » يعود على العذر .

قوله : [إن زال العذر] إلخ : حاصل كلام المصنف : أن المودَع بالفتح إذا أودع لعورة حدثت أو طروّ سفر وجب عليه استرجاعها إذا رجع من سفره

(نوَى الإيابَ): أى الرجوع من سفره عند إرادته ثم رجع فإن لم يسترجعها ضمن. فإن لم ينو الإياب بأن نوى الإقامة أو لم ينو شيئاً، ثم رجع لم يجب عليه استرجاعها ولا ضمان عليه .

* (و) تضمن (بإرْسَالِهَا) لربها (بلا إذْن) منه فضاعت أو تلفت من الرسول ، وكذا لو ذهب هو بها لربها بلا إذن فضاعت منه .

أو زالت العورة . ومحل وجوب ذلك عند رجوعه من السفر إن كان قد نوى الإياب منه، فإن لم يكن نوى الإياب عند سفره ندب له إرجاعها فقط إذا رجع ، والقول له أنه لم ينوه فلا يضمن إذا لم يرجعها وهلكت ،إلا أن يغلب الإياب من ذلك السفر وإلا لم يقبل .

قوله : [فإن لم يسترجعها ضمن] : فلو طلبها المودع بالفتح ممن هى عنده وامتنع من دفعها له فينبغى القضاء بدفعها، له فإن حصل تنازع فى نية الإياب وعدمها فالظاهر أنه ينظر إلى سفره، فإن كان الغالب فيه الإياب فالقول قول المودع الأول فيقضى له بأخذها ، وإن كان الغالب فيها عدمه أو استوى الأمران كان القول قول المودع الثانى فلا يقضى على الأول بأخذها ، وحينئذ فلا يضمنها فى تلك الحالة وصارت متعلقة بالثانى .

قوله : [وتضمن بإرسالها] : يستثنى من كلامه من أودعت معه وديعة يوصلها لبلد فعرضت له إقامة طويلة فى الطريق كالسنة فله أن يبعثها مع غيره ولا ضمان عليه إذا تلفت ؛ لأن بعثها فى هذه الحالة واجب ويضمنها إن حبسها ، وأما إن كانت الإقامة التى عرضت له قصيرة كالأيام فالواجب إبقاؤها معه ، فإن بعثها ضمنها إن تلفت، فإن كانت الإقامة متوسطة كالشهرين خير فى إرسالها وإبقائها ولا ضمان عليه فى كل حال، هذا ما ارتضاه ابن رشد كما فى (ح) كذا فى (بن) . .

قوله : [وكذا لو ذهب هو بها لربها] : مثل ذهابه بها فى الضمان وصى رب المال يبعث المال للورثة أو يسافر هو به إليهم من غير إذنهم ، فإنه يضمن إذا ضاع كما نص عليه فى التوضيح والمدونة ، خلافاً لما فى كثير الخرشى من عدم الضمان . وكذا القاضى يبعث المال لمستحقه من ورثة أو غيرهم بغير إذنه عند

(كأن ادَّعى الإذنَ ولم يُثْبِتْه) فيضمن والقول قول ربها إنه لم يأذن (إنْ حَلَفَ رَبها : ما أَذِنْتُ) . فإن نكل ، حلف المودع أنه إنما أرسلها له لكونه أذن له ، فإن نكل ضمن وهذا معنى قوله : (وإلا) يحلف ربها (حَلَفَ) المودَع بالفتح (وبَرِئ . وإلاّ) يحلف بل نكل كما نكل ربها (غَرِمَ) (ولا يَرْجِع) المودع بالفتح (على) الرسول (القابِضِ) لها منه (إنْ تحقَّقَ الإذْنَ) له من ربها وادعى علمه عناداً منه .

• (و) تضمن (بجَحْدِهَا) من المودع عند طلبها بأن قال لربها لم تودعنى شيئًا ، ثم اعترف وأقام عليه ربها بينة بالإيداع (ثمَّ أقامَ) المودع بالفتح (بينَةً علىَ الرَّدِ) : أى ردها لربها (أو) على (الإتْلافِ) لها بلا تفريط ، وإنما ضمن لأنه أكذبها أولا بجحده قياساً على ما تقدم فى الدين وقيل : لا يضمن لأنه أمين . وقد ذكر الشيخ الخلاف ، فهما قولان مشهوران ومثل الوديعة فى الخلاف الإبضاع والقراض . وقولنا « أو الإتلاف » زدناه عليه وقد نص عليه فى التوضيح وأن الخلاف جار فيهما معاً : نعم هناك قول ثالث بالتفصيل وهو : قبول بينة فى الضياع دون الرد ولكنه ضعيف : إلا أن الذى فى المواق أن المشهور

ابن القاسم ، خلافاً لقول أصبغ بعدم ضمانه ، وإن مشى عليه غير واحد كذا فى (عب) .

قوله : [إن تحققَ الإذنَ] : هذا الشرط لا يعتبر مفهومه إلا إذا كان الرسول من عند المودع بالكسر تأمل .

قوله : [ثم أقام المودع بالفتح] : أى بينة فقد حذف المفعول .

قوله : [نعم هناك قول ثالث] : قال (بن) : وقد جمع فى التوضيح بينة الرد وبينة التلف وحكى فيهما الخلاف ونصه ، وقد حكى صاحب البيان فى باب الصلح وابن زرقون فى باب القراض فيمن أنكر أمانة ، ثم ادعى ضياعها أو ردها لما قامت عليه البينة ثلاثة أقوال : الأول لمالك من سماع ابن القاسم يقبل قوله فيهما . والثانى لمالك أيضاً لا يقبل قوله فيهما . والثالث لابن القاسم يقبل قوله فى الضياع دون الرد . قال المواق عقبه : المشهور أنه إذا أقام بينة على ضياعها أو ردها فإن تلك البينة تنفعه بعد إقراره (اهـ) وعلى المشهور الآخر جرى المصنف يعنى خليلا فى باب الوكالة .

قبول بينته على ضياعها أو ردها بعد إقراره . وقال بعضهم: المعتمد الضمان وعدم قبول بينته لأنه بجحدها صار كالغالب فيضمن إذا تلفت ولو بسماوى ويقبل دعواه الرد كما تقدم .

● (وأُخِذَتْ) الوديعة (مِنْ تَرِكَتِهِ) حيث ثبت أن عنده وديعة (إذا لم توجد) بعينها (ولم يُوصِ بِهَا) قبل موته لاحتمال أنه تسلفها .

(إلا لعَشَرَةِ أعْوَام) تمضى من يوم الإيداع فلا تؤخذ من تركته إذا لم توجد ولم يوص بها ويحمل على أنه ردها لربها (إنْ لم تكنْ) أودعت (ببَيِّنَةٍ تَوَثُّق) : أى بينة مقصودة للتوثيق ، فإن أودعت بينة مقصودة للتوثق أخذت من تركته مطلقاً ولو زاد الزمن على العشرة سنين .

(وأخَذَهَا) ربها (بكِتَابَة) أى بسبب كتابة : (أنَّهَا ، إنْ ثَبَتَ

قوله : [وقال بعضهم المعتمد الضمان] : أى وهو الذى اعتمده فى الحاشية أيضاً واقتصر عليه فى المجموع .

قوله : [وأخذت الوديعة من تركته] إلخ : مثل الوديعة من تصدق على ابنه الصغير بثياب أو غيرها وأراها للشهود وحازها للولد تحت يده ثم مات ولم توجد فى تركته فيقضى له بقيمتها من التركة ومعنى الأخذ أنه يأخذ عوضها من قيمة أومثل ويحاصص صاحبها بذلك مع الغرماء .

قوله : [ولم يوص بها] : مفهومه أنه لو وصى بها لم يضمنها ، فإن كانت باقية أخذها ربها ، وإن تلفت فلا ضمان ، ومثل إيصائه ما لو قال : هى بموضع ، كذا ولم توجد، فلا يضمن كما قال أشهب ، وتحمل على الضياع ؛ لأنه بقوله هى بموضع كذا كأنه إقرار بأنه لم يتسلفها وهو مصدق لكونه أميناً .

قوله : [لاحتمال أنه تسلفها] : أى وهو الأقرب ، وأما احتمال ضياعها فهو بعيد إذ لو ضاعت لتحدث بضياعها قبل موته .

قوله : [إن لم تكن أودعت ببينة توثق] : مثلها البينة الشاهدة بها بعد جحده لها .

قوله : [على العشرة سنين] : المناسب إسقاط التاء .

قوله : [وأخذها ربها بكتابة] : يعنى إن من مات وعنده وديعة مكتوب عليها

أنَّها) : أى الكتابة (خَطُّهُ) : أى المالك (أوخَطُّ المَيِّتِ) .

(و) تؤخذ (مِنْ تركةِ الرَّسُولِ) إذا لم توجد بعينها (إذَا لم يَصِلْ) الرسول بأن مات قبل وصوله (لبَلَدِ المُرْسَلِ إليَهِ) لاحتمال أنه تسلفها ، فإن مات بعد وصوله فلا يضمن : أى لا تؤخذ من تركته لاحتمال أنه دفعها لربها بعد الوصول إليه : ومثل الوديعة: الدين والقراض والإبضاع .

وحاصل المسألة : أن الرسول — إن كان رسول رب المال — فالدافع يبرأ بمجرد الدفع إليه ويصير الكلام بين رب المال وورثة رسوله ، فإن مات الرسول قبل الوصول أخذها من تركته وإن مات بعده فلا رجوع له ، وإن كان الرسول رسول مَنْ عنده المال فلا يبرأ إلا بوصوله لربه ببينة أو إقراره منه ، فإن مات قبل الوصول رجع مرسله فى تركته ، وإن مات بعده فلا رجوع ، وهى مصيبة نزلت بمن أرسله إن ادعى رب المال عدم الدفع له ولا بينة .

● (وصُدِّقَ) المودَع — بالفتح — (فى) دعوى (التَّلَفِ والضَّيَاعِ كالرَّدِّ) : أى كما يصدق فى دعواه أنه ردها لربها لأنه استأمنه عليها والأمين يصدق

هذه وديعة فلان بن فلان ، فإن صاحبها يأخذها بشرط أن يثبت بالبينة أن الكتابة بخط صاحب الوديعة أو بخط الميت . ولو وجدت أنقص مما كتب عليها كان النقص فى مال الميت ، إن علم أنه يتصرف فى الوديعة — وإلا لم يضمن . ومثل الكتابة البينة بل هى أولى لا بأمارة لاحتمال أنه رآها سابقاً .

قوله : [ومثل الوديعة الدين] إلخ : أى أن التفصيل المذكور فى الوديعة يجرى بعينه فيما ذكر .

قوله : [إن كان رسول رب المال] : كان المال قراضاً أو وديعة أو أبضاعاً

قوله : [فلا رجوع له] : أى لحمله على إيصالها لربها .

قوله : [أو إقرار منه] : أى من رب المال .

قوله : [وهى مصيبة نزلت بمن أرسله] : أو لكونه يغرم المال مرة ثانية .

قوله : [فى دعوى التلف والضياع] : أى وكذا فى دعوى عدم العلم بالتلف أو الضياع .

(إلاّ لبَيِّنَةٍ تَوَثّق) راجع لما بعد الكاف : أى إن ادعى الرد صدق إلا أن يودعها ربها عنده ببينة قصد بها التوثق بأن يقصد بها أن لا تقبل دعواه الرد إلا ببينة به ، فلا يقبل إن ادعى الرد حينئذ إلا ببينة ، ويشترط علم المودع بذلك فلا يكفى غير المقصودة ولا مقصود لشىء آخر غير التوثق ، فيفيده دعوى الرد .

(وحَلَفَ المتَّهم) دون غيره فى دعوى التلف أو الضياع أنها تلفت أو ضاعت وما فرّط . (ولَوْ شَرَطَ) المتهم عند أخذها (نَفْيَهَا) : أى نفى اليمين عنه ، فإنه لا يفيده ويحلف ، فإن نكل غرم بمجرد نكوله ولا تتوجه اليمين على ربها لأنها دعوى اتهام .

(كَمَنْ حَقَّقَ عليه الدَّعْوَى) تشبيه فى اليمين : أى أن رب الوديعة إذا حقق الدعوى على المودع بأن علم بأنه فرّط أو أنها لم تتلف وادعى المودع الرد أو التلف أو عدم التفريط فلربها تحليفه وإن لم يكن متهماً .

قوله : [إلا لبينة توثق] : قال فى حاشية الأصل الظاهر أن مثل البينة المذكورة أخذ ورقة على المودع بالفتح بخطه كما يقع الآن .

قوله : [ويشترط علم المودع بذلك] : أى بتلك البينة .

قوله : [ولا مقصود لشىء آخر] : أى كما لو أشهدها خوفاً من موت المودع — بالفتح — ليأخذها من تركته أو يقول المودَع — بالفتح : أخاف أن تدعى أنها سلف ، فأشهد بينة أنها وديعة ؛ فإنه فى تلك المسائل يصدق فى دعوى الرد كما إذا تبرع المودَع — بالفتح — بالإشهاد على نفسه بالقبض كما قال عبد الملك ، وقال ابن زرب وابن يونس : لا يبرأ بالإشهاد ، لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد .

قوله : [وحلف المتهم] : قيل : هو من يشار إليه بالتساهل فى الوديعة وقيل : هو من ليس من أهل الصلاح .

قوله : [فى دعوى التلف أو الضياع] : وكذا فى دعوى عدم العلم بالتلف أو الضياع ، وأما دعوى الرد فقط أو فى قوله : لا أدرى هل تلفت أو رددتها ، فإنه يحلف كان متهماً أم لا حقق عليه الدعوى أم لا .

قوله : [ولو شرط المتهم] إلخ : أى لأن هذا الشرط يقوّى التهمة .

(فإنْ) حلف برئ ظاهراً وإن (نكل حلف ربها) وأغرمه لأن يمين التحقيق ترد (لا) يصدّق فى الرد (على الوارث) : أى وارث ربها إذا ادعى أنه ردها عليه إلا ببينة (ولا) يصدق (وَارِث) للمودع بالفتح (فى الرَّدِّ عَلَى مَالِكٍ) : أى مالكها الذى هو المودع بالكسر (أو) فى الرد (على وَارِثِه) : أىَ وارث مالكها إلا ببينة .

والحاصل : أن صاحب اليد المؤتمنة إذا ادعى الرد على صاحب اليد الذى ائتمنه صدق ولا ضمان ، وأن الوارث إذا ادعى الرد على ربها أو على وارثه أو ادعى صاحب اليد المؤتمنة الرد على وارث ربها فلا يصدق ويضمن .

* (ولا) يصدق (رَسُولٌ فى الدَّفْعِ لِمُنْكِرٍ) أى لمن أرسل إليه المال إذا أنكر (إلا بِبَيِّنَةٍ) قال فيها : ومن بعثت معه بمال ليدفعه لرجل صدقة أو صلة أو سلفاً أو ثمن مبيع أو يبتاع لك به سلعة ، فقال : قد دفعته إليه . وأكذبه الرجل ، لم يبرأ الرسول إلا ببينة (اهـ) .

(إلاَّ إنْ شَرَطَ الرَّسُولُ) على من دفع له المال (عَدَمَهَا) : أى عدم البينة عند الدفع فتنفعه .

قوله : [حلف ربها وأغرمه] : أى فإن لم يحلف ربها صدق المودع .

قوله : [ولا يصدق وارث] إلخ : أى وأما دعوى ورثة المودَع – بالفتح – على ورثة المودع أو على المودَع أن مورثهم ردها قبل موته. فلا ضمان عليهم فى هاتين الصورتين ، وكذا لو ادعى المودَع – بالفتح – على ورثة المودع –بالكسر– أنه ردها لمورثهم قبل موته وقد تضمنت تلك الصور الحاصل الذى ذكره الشارح .

قوله : [ولا يصدق رسول] إلخ : حاصله أن المودع مثلا إذا أرسل الوديعة مع رسوله إلى ربها بإذنه فأنكر ربها وصولها إليه ولا بينة تشهد عليه بقبضها من الرسول فإن الرسول يضمنها لتفريطه بعدم الإشهاد .

قوله : [لم يبرأ] : هكذا نسخة المؤلف بألف بعد الراء ، ومقتضى الجازم حذفها إلا أن يقال إن الألف للإشباع (١) .

قوله : [فتنفعه] : أى فيعمل بشرطه من جهة عدم تضمينه ، وأما المرسل

---

(١) لا صحة لما كتب على كلمة لم يبرأ ، لأن الجازم يسكن الهمزة حيث هى حرف صحيح (اهـ مصححه – دار المعارف) .

• (و) ضمن (بِقَوْلِه) لربها : (ضَاعَتْ قَبْلَ أنْ تَلْقَانِي ، بَعْدَ امْتِنَاعِهِ مِنْ دَفْعِهَا) له ولو لعذر كاشتغاله بأمر لأن سكوته عن بيان تلفها دليل على علمه إلا أن يدعى أنه إنما علم بالتلف بعد أن لقيه فيصدق بيمين .

(وكذا) يضمن إن قال : تَلِفَتْ (بعده) : أى بعد أن لقيتنى (إنْ مَنَعَ) دفعها له (بلا عُذْرٍ) ثابت ، فإن امتنع من دفعها لعذر قام به وثبت ، لم يضمن .

• (لا) يضمن (إنْ قَالَ لا أدْرِي مَتَى تَلِفَتْ) : أى قبل أن تلقانى أو بعده ، كان هناك عذر من الدفع أم لا . ويحلف المتهم .

• (ولَهُ) : أى للمودَع -بالفتح- (أجْرَةُ مَحَلِّها) : أى الذى توضع فيه إن كان مثله تؤخذ أجرته .

(لا) أجرة (حِفْظِهَا) : لأن حفظها من قبيل الجاه ؛ لا أجرة له كالقرض والضمان (إلاّ لِشَرْطٍ) فيعمل به لأنه ليس من الجاه حقيقة وإنما هو يشبهه فى الجملة .

• (وله) : أى للمودَع -بالفتح- (الأخْذُ منها) : أى من الوديعة بقدر حقه (إنْ ظَلَمَهُ) ربها (بِمِثْلِهَا) من سرقة أو خيانة أو غصب لقوله تعالى :

فإنه باق على ضمانه المرسل إليه .

قوله : [بلا عذر ثابت] : صادق بأن يكون هنا عذر ولم يثبت .

قوله : [لا يضمن إن قال لا أدرى] إلخ : أى لحمله على أنها تلفت قبل اللقاء ولم يعلم به إلا بعده .

قوله : [لأنه ليس من الجاه حقيقة] : أى كما قال ابن عبد السلام، فالأولى أن يقال : إنما منع أخذ الأجرة على الحفظ لأن عادة الناس أنهم لا يأخذون لحفظ الودائع أجرة .

والحاصل: أنه لا فرق بين أجرة المحل وأجرة الحفظ فى الحكم على المعتمد، بل يقال فيهما إن شرط الأخذ أو كان العرف عمل به وإلا فلا .

قوله : [بمثلها]: متعلق بظلمه والباء سببية بعدها مضاف محذوف: أى بأخذ

« فمن اعْتَدَى عليكم فاعْتَدُوا عليه بمِثْلِ ما اعْتَدَى عليْكُمْ »[1] ومحل جواز الأخذ بمثل حقه (إنْ أمِنَ) الآخذ (الرذيلة) بالنسبة إلى الخيانة (و) أمن (العُقُوبَةَ) على نفسه وإلا لم يجز لأن حفظ الأعراض والجوارح واجب (على الأرْجَح) مِن القولين ، والثانى : لا يجوز الأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم: أدّ الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك »[2] .

(والتَّرْكُ) للأخذ منها (أسْلَمُ) : أى من الوديعة بقدر حقه للنفس والدين، والله أعلم .

مثلها فى القدر والجنس والصفة إن أمكن ذلك وإلا فالعبرة بالقيمة . ل

قوله : [وأمن العقوبة على نفسه] : أى من ضرب أو حبس أو قطع أو قتل كما يفعله أهل الجور .

قوله : [أد الأمانة لمن ائتمنك] إلخ : أجاب ابن رشد مؤيداً للقول الأول بأن معنى « ولا تخن » إلخ أى: لا تأخذ أزيد من حقك فتكن خائناً ، وأما من أخذ حقه فليس بخائن .

قوله : [والترك للأخذ منها أسلم] : أى لأن فى الأخذ ريبة وفى الحديث : « دع ما يريبك إلى ما يريبك »[3] .

● تتمة : إن تنازع الوديعة شخصان فقال المودَع –بالفتح– هى لأحدكما ونسيته قسمت بينهما إن حلفا أو نكلا ، وقضى للحالف على الناكل وإن أودع شخصين وغاب المودع بالكسر وتنازعا فيمن تكون عنده جعلت بيد الأعدل والضمان عليه إن فرط فإن تساويا فى العدالة قسمت بينهما إن قبلت القسم وإلا فالقرعة .

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٤ .

(٢) وجاء فى الجامع الصغير :- عن أبى هريرة رضى الله عنه قال ، قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم: « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » . رواه الإمام البخارى فى التاريخ ، وأبو داود والترمذى وصححه الحاكم فى مستدركه . وعن أنس فى السنن للدارقطنى وأبىّ بن كعب ، ورواه أبو داود مرسلا .

(٣) « دع ما يريبك إلى مالا يريبك » – صحيح رواه أحمد فى مسنده عن أنس ، والنسائى عن الحسن ابن على ، والطبرانى عن وابصة بن معبد ، والخطيب فى التاريخ عن ابن عمر .

باب

فى الإعارة وأحكامها

● (الإعَارَةُ) : أى حقيقتها عرفاً ، وهى مأخوذة من التَّعاور : بمعنى التداول أو من العُرُوّ بمعنى الإصابة والعروض ، يقال : اعتَراه كذا : بمعنى أصابه وعرض له أو بمعنى الخُلُو ، يقال : عرا عنه بمعنى خلا . وأنكر على من قال إنها من العار .

باب :

لما كان بين العارية والوديعة مناسبة ، من جهة أن كلا يثاب فاعله لأن المودَع – بالفتح – يثاب على الحفظ والمعير – بالكسر – يثاب على الفعل ؛ لأن كلا فعل معروفاً وهو صدقة أعقبها بها .

قوله : [وهى مأخوذة] : أى العارية – لا بالمعنى الأول – بل بالمعنى اللغوى ؛ ففى كلام الشارح استخدام .

قوله : [من التعاور] إلخ: أى فهى واوية فأصل عارية عورية بفتحات تخفف ياؤها وتشدد تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً .

قوله : [أو من العرو] : أى كما قال الشاعر :

وإنى لتعرونى لذكراك هزة كما انتفض العصفور بلله القطر

فأصلها عاروة بوزن فاعولة ؛ قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها والتاء فى نية الانفصال فاجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون قلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء هذا فى المشددة وأصل المخففة عاروة فاعلة أبدلت الواو ياء لتطرفها .

قوله : [وأنكر على من قال إنها من العار] :إنما أنكر عليه لأن فعلها أمر مندوب والمستعير إن كان محتاجاً فليس عليه عار : والعار فى المستقبح شرعاً وهذه ليست كذلك ، ولأنها لو كانت من العار لكانت يائية ، وقيل : القوم يتعيرون مع أنهم قالوا يتعاورون أي يعير بعضهم بعضاً ،وأصلها عليه عيرة على وزن فعلة

(تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ) : خرج البيع لأنه تمليك ذات ، وكذا الهبة والصدقة والقرض .

(مُؤَقَّتَةٍ) بزمن أو فعل نصًّا أو عرفًا .

(بِلاَ عِوَضٍ) : خرجت الإجارة والحبس المطلق . وأما المؤقت بناء على المشهور من أنه يجوز فى الحبس التوقيت ، فهو وارد عليه . إلا أن يقال : المراد مؤقتة أصالة ؛ فالأصل فى العارية التوقيت ، فلذا جعل فصلا منها ، والأصل فى الحبس الدوام . ولذا اختلف فيه إذا وقت هل يصح ؟ والراجح الصحة .

* (وهِيَ مَنْدُوبَةٌ) : أى الأصل فيها الندب لأنها من التعاون على الخير والمعروف .

تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً .

قوله : [خرج البيع لأنه تمليك ذات] إلخ : أى وخرج أيضاً تمليك الانتفاع لأن ملك المنفعة أعم من ملك الانتفاع ، كأن توقف بيتاً على طلبة العلم يسكنونه ففيه تمليك انتفاع وليس فيه تمليك منفعة ؛ لأن الانتفاع يكون بنفسه فقط وليس له أن يؤاجره ولا أن يعيره لغيره ، والمنفعة أعم من الانتفاع لأن له فيها الانتفاع بنفسه أو بغيره كأن يعيره أو يؤاجره :

قوله : [خرجت الإجارة] : أى بقوله بلا عوض .

وقوله : [والحبس المطلق]: أى بقوله : «مؤقتة» ، ففى كلامه لف ونشر مشوش .

قوله : [إلا أن يقال المراد] إلخ : أى أو يقال إنه خارج بتمليك المنفعة ، فإن الحبس فيه تمليك انتفاع لا منفعة . قال فى الحاشية : فإن قلت إذا حبس بيوتاً على طلبة العلم لأجل أن ينتفعوا بأجرتها فهل هو من تمليك المنفعة أو الانتفاع ؟ قلت : الظاهر أنه من تمليك الانتفاع ، فحينئذ يراد بالانتفاع ما يشمل الانتفاع بالبيوت أو بأجرتها (اهـ) .

قوله : [وهى مندوبة] : أى إن وقعت من مالك الذات والمنفعة ، أو من مالك المنفعة إن جعل ذلك له . قال (شب) : وقد يعرض وجوبها : كغنى عنها لمن يخشى بعدمها هلاكه . وحرمتها : ككونها تعينه على معصية ، وكراهتها ككونها تعينه على مكروه ، وتباح لغنى عنها وفيه نظر لاحتمال كراهتها فى حقه . قال سيدى

(والعَارِيَّة) بتشديد الياء : هي الشيء (المُعَارُ) : أي المملك منفعته .

• (ورُكْنُهَا) : أي أركانها أربعة : معير ، ومستعير ، ومستعار ، وما دل عليها من لفظ أو غيره .

• فالأول (مُعِيرٌ وهوَ مَالِكُ المَنفَعَة) ولو لم يملك الذات (بلا حَجْرٍ) عليه ؛ خرج الصبي والسفيه والرقيق ولو مأذوناً له في التجارة؛ لأنه إنما أذن له في التصرف بالعوض خاصة : نعم يجوز له إعارة ما قل عرفاً إن استأنف[1] به للتجارة ، لأنه من توابعها على ما سيأتي ، وخرج أيضاً مَنْ حجر عليه المالك صريحاً أو ضمناً كما لو قامت قرينة على ذلك ، نحو قوله : لولا أخُوَّتك ما أعرتك إياه ، وخرج الفضولي فإنه ليس بمالك لشيء ، (وإنْ) كان مالكاً لها (بإعَارَةٍ) ولا حجر عليه كما تقدم . فتصح إعارته وإن كان لا ينبغي له ذلك (أو إجَارَةٍ) فتصح إعارته لها في مثل ما استأجرها له ركوباً أو حملا أو غيرهما .

أحمد بابا : ولو قال: وتباح لغنى عنها في الحال، ولكن بصدد الاحتياج إليها ثانياً لانتفى النظر .

قوله : [والعارية بتشديد الياء] : لأن ياءها للنسبة لأحد المعاني المتقدمة .

قوله : [أي أركانها] : إنما قال ذلك إشارة إلى أن ركنه مفرد مضاف فيعم .

قوله : [ولو لم يملك الذات] : أي والندب وعدمه شيء آخر كما سيوضحه الشارح عند قول المتن وإن بإعارة .

قوله : [خرج الصبي والسفيه] : أي وكذا يخرج المريض إذا أعار عارية قيمة منافعها أزيد من ثلثه .

قوله : [على ما سيأتي] : المناسب على ما تقدم ، فإن هذه المسألة تقدمت في الحجر .

قوله : [من حجر عليه المالك] : أي ويسمى بالحجر الجعلي .

قوله : [لولا أخوتك] : بضم الهمزة والخاء وتشديد الواو مفتوحة .

قوله : [وإن كان لا ينبغي له] : أي يكره إن لم يكن حجر عليه ولا أباح له بأن سكت .

---

(١) في بعض النسخ إن استألف .

* (و) الثانى : (مُسْتعيرٌ : وهُوَ مَنْ تَأَهَّلَ) : أى إن كان أهلا (للتَّبرُّعِ عليه) بتلك المنفعة .

(لا مُسْلِمٌ) ولو عبداً لكافر ، (أو مُصْحَفٌ) أو كتب أحاديث (لكَافِرٍ) : إذ الكافر ليس أهلا لأن يتبرع عليه بذلك وكذا آلة الجهاد إذا كان حربيًّا .

* (و) الثالثُ : (مُسْتَعارٌ : وهو ذو مَنْفَعة مُبَاحَة) من عرض أو حيوان أو عقار ينتفع به (مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) ليرد لربه بعد الانتفاع به لإطعام أو شراب ليؤكل أو يشرب فإن فيه ذهاب عينه بذلك .

(لا) تعار جارية (للاستِمْتَاعِ بِهَا) من وطء أو غيره لعدم إباحة ذلك أو خدمتها لغير محرم لأنه يؤدى إلى ذلك . ولا يعار رقيق لمن يعتق عليه .

قوله : [لا مسلم] : أى لما فيه من الإذلال .

قوله : [أو مصحف أو كتب أحاديث] : أى وكذلك الأوانى يستعملها أهل الفسوق كخمر ، والدواب تركب لإيذاء المسلمين ونحو ذلك من كل ما استلزم أمراً ممنوعاً .

قوله : [لإطعام أو شراب] : محترز قوله مع بقاء عينه .

قوله : [لا تعار جارية] : أى لا يجوز إعارة جارية للوطء ، فإن وقعت كانت باطلة ويجبر على إخراجها ، فإن وطئها بالفعل قبل إخراجها فلا حد للشبهة وتقوم على الواطئ جبراً عليه .

قوله : [أو خدمتها لغير محرم] : بفتح فسكون . أى فلا يجوز أيضاً ، ويجبر المستعير على إخراجها من تحت يده بإجارة .

قوله : [ولا يعار رقيق لمن يعتق عليه] : أى لخدمة من يعتق عليه ، سواء كان الرقيق ذكراً أو أنثى ، وإنما منع إعارته لذلك لأن ملك المنفعة يتبع ملك الذات ، وهو لا يملك الذات ، وهذا فى غير الإعارة للرضاع ، وأما له فتجوز الإعارة والإجارة .

والحاصل : أن الرضاع تستوى فيه الإعارة والإجارة فى الجواز لا فرق بين حرة وأمة . وأما الخدمة فى غير الرضاع فتمتنع الإعارة والإجارة فيها لا فرق بين حر

(والعَيْنُ) : أى النقد من دنانير أو دراهم (والطَّعَامُ) والشراب إن وقعت وأعطيت للغير وإن بلفظ العارية (قَرْضٌ) لا عارية لأن حقيقة العارية ما ردت عينها لربها بعد الانتفاع بها ، وفى الانتفاع بما ذكر ذهاب العين فيضمنه ولو قامت بينة بهلاكه .

* (و) الرابع : (مَا يَدُلُّ عَلَيْهَا) من صيغة لفظية كأعرتك أو غيرها ، كإشارة ومناولة مما يدل على الرضا .

(وجَازَ) أن يقول : (أعِنِّى بِغُلامِكَ) مثلا فى هذا اليوم أو الشهر (لأعِينكَ) فى غد مثلا بغلامى أو دابتى (وهى) حينئذ (إجَارَةٌ) لا إعارة لأنها منافع بمنافع وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف ، كبناء وحصاد ، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف ، فيشترط فيها تعين الزمن أو العمل كالإجارة .

● (وضَمِنَ) المستعير (ما يُغَابُ عليه) . كالحلى والثياب مما شأنه الخفاء

ورقيق ؛ فلا يجوز للولد استخدام والده أو والدته فى غير الرضاع كما هو مأخوذ من كلام ابن عرفة كما فى (بن) .

قوله : [مما يدل على الرضا] : أى فكل ما يدل على تمليك المنفعة بغير عوض كاف ، لكن لا تلزم العارية بما يدل عليها إلا إذا قيدت بعمل أو أجل كما يأتى للمصنف ، أو لم تقيد وجرت العادة فيها بشىء وإلا لم تلزم .

قوله : [فيشترط فيها تعيين الزمن] إلخ : أى فيجوز للشخص أن يقول لآخر : أعنى بغلامك اليوم مثلا على أن أعينك بغلامى مثلا غداً ، ويكون ذلك إجارة لا عارية ؛ أجاز ذلك ابن القاسم ورآه من الرفق بشرط أن يكون ما يقع به التعاون معلوماً بينهم وأن يقرب العقد من زمن العمل ، فلو قال له أعنى بغلامك أو بثورك غداً على أن أعينك بغلامى أو بثورى بعد شهر ونصف مثلا لم يجز ، بخلاف ما لو كان التأخير نصف شهر فأقل فيجوز ، وإنما منع فى أزيد من شهر لأنه نقد فى منافع معينة يتأخر قبضها وذلك غير جائز ، ولا يقال إن هذه العلة موجودة فيما إذا كان بين العقد والعمل أقل من ذلك لأننا نقول اغتفر ذلك للضرورة ، وإن كانت العلة موجودة كما يؤخذ من الخرشى والحاشية .

قوله : [وضمن المستعير ما يغاب عليه] : أى فالعارية كالرهن فى التفصيل .

إن ادعى ضياعه إلا لبينة على ضياعه بلا سببه ، بخلاف ما لايغاب عليه كالحيوان والعقار (ولو شَرَطَ نَفْيَهُ) : أى نفى الضمان عن نفسه (علىَ الأرجح) وقيل : إن شرط نفيه أفاده فلا ضمان عليه وأشار الشيخ لهما بالتردد .

(لا غيْرَهُ) : أى لا يضمن غير ما يغاب عليه كالحيوان . (ولَوْ شَرَطَهُ) عليه المعير .

• (والقَوْلُ لَهُ) : أى للمستعير (فى التَّلَفِ أو الضَّيَاعِ) فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ولا ضمان عليه (إلا لقَرِينَةِ كَذِبِهِ) كأن يقول : تلف أو ضاع يوم كذا ، فتقول البينة : رأيناه معه بعد ذلك اليوم ، أو تقول الرفقة التى معه فى السفر : ما سمعنا ذلك ولا رأيناه (وحَلَفَ ما فَرَّطَ) إن ادعى عليه أنه إنما حصل التلف أو الضياع أو العيب الذى قام به بتفريطه ، سواء كان

قوله : [إلا لبينة على ضياعه] : أى لأن ضمان العوارى ضمان تهمة ينتفى بإقامة البينة على المشهور ، خلافاً لأشهب حيث قال : إن ضمان العوارى ضمان عداء لا ينتفى بإقامة البينة .

قوله : [وأشار الشيخ لهما بالتردد] : أى فهو تردد فى النقل، فقد عزا فى العتبية الأول لابن القاسم وأشهب ، وعزا المازرى واللخمى الثانى لابن القاسم أيضاً، وعلى كلا القولين لا يفسد عقد العارية بهذا الشرط ، وقيل إن شرط نفى الضمان فيما يغاب عليه يفسد العقد ويكون للمعير أجرة ما أعاره .

قوله : [ولو شرطه عليه المعير] : رد بـ « الو » على مطرف كما فى المواق حيث قال : إذا شرط المعير الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو نحو ذلك ، فالشرط لازم إن هلكت بالأمر الذى خافه ، وشرط الضمان من أجله . والمعتمد أنه لا ضمان ولا عبرة بشرطه ولو لأمر خافه كما فى الحاشية ، وحيث لم يضمن الحيوان ضمن لجامه وسرجه . بخلاف ثياب العبد فإنه لا يضمنها لأنه حائز لما عليه كما فى التوضيح عن اللخمى، وفى (بن) عن ابن يونس: إذا أرسل المستعير العارية من الدواب مع عبده أو أجيره فعطبت أو ضلت فلا ضمان عليه لأن الناس هكذا يفعلون وإن لم يعلم ضياعها أو تلفها إلا من قول لرسول .

قوله : [وحلف ما فرّط] : أى ويبرأ ويأخذ منه أنه يجب عليه تعهد العارية،

مما يغاب عليه أم لا ، كسوس وقرض أرَضَة أو فأر أو بلل أو دهن أو حبر أو نحو ذلك بالمستعار كثوب وكتاب .

(و) القول له (فى رَدِّ مَالَمْ يَضْمَنْ) لربه وهو ما لا يغاب عليه كالحيوان (إلاَّ لبَيِّنَة مَقْصُودَة) أشهدها المعير عند الإعارة لخوف ادعاء المستعير الرد ، فحينئذ لا يقبل قوله بردها إلا لبينة تشهد له بردها لربها .

● (وَفَعَلَ) المستعير : أى جاز له أن يفعل الفعل (المأذُونَ) له فيه (و) أن يفعل (مِثْلَهُ) كأن استعارها ليركبها لمكان كذا فركبها إليه من هو مثله ، أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح ، وأما الذهاب بها فى مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يجوز ، ويضمن إن عطبت كالإجارة على قول ابن القاسم وهو الأرجح .

(لا أَضَرَّ) مما استعارها له ؛ فلا يجوز ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله وتارة ما لم تعطب به .

* وفى كل : إما أن تعطب وإما أن تتعيب وإما أن تسلم :

وكذا يجب على المرتهن والمودع تعهد ما فى أماناتهم مما يخاف عليه ترك التعهد ، لأن هذا من باب صيانة المال وإن لم يفعل ذلك عد مفرطاً وضمن كما فى الحاشية .

قوله : [أى جاز له]: إنما قال ذلك ولم يقل: طلب منه فعل المأذون فيه ومثله؛ لأن المأذون فيه ومثله لا يطلب بفعله،إنما هو حق مباح له إن شاء فعله وإن شاء تركه .

قوله : [فلا يجوز] : الحاصل أن المعتمد أن المراد بالمثل الذى يباح للمستعير فعله المثل فى المحمول لا فى المسافة فإنه ممنوع فعله هنا كالإجارة على المعتمد لما فى كل منهما من فسخ المنافع فى مثلها وهو فسخ دين فى دين .

قوله : [لا أضر مما استعارها له] : أى ولو كان ذلك الإضرار أقل فى الوزن أو المسافة .

قوله : [ثم تارة يحمل عليها] إلخ: اعلم أن الصور ست لأنه ؛ إن زاد ما تعطب به ، فتارة تعطب ، وتارة تتعيب ، وتارة تسلم ؛ وإن زاد مالا تعطب به، فكذلك . وقد تكفل بتفصيل أحكامها الشارح .

(فَإِنْ زَادَ مَا تَعْطَبُ به وعطِبَتْ فله) : أى لربها (قِيمَتُهَا) وقت الزيادة عليها ، لأنه وقت التعدى (أو كِرَاؤُهُ) : أى كراء الزائد فقط ، وخيرته تنفى ضرره .

(وإلا) : بأن زاد ما لا تعطب به وعطبت أو تعيبت أو سلمت ، أو ما تعطب به وسلمت (فالكِرَاءُ) : أى كراء الزائد فقط فى الأربع صور . وبقى السادسة : وهى ما إذا زاد ما تعطب به فتعيبت أشار لحكمها بقوله: (فَلَوْ تَعَيَّبَتْ) فيما إذا زاد عليها ما تعطب به (فالأَكْثَرُ مِنَ الكِرَاءِ) للزائد (وقيمة العَيْبِ) : أى أرشه يلزم المستعير .

والكلام فى زيادة الحمل ، وأما المسافة فكالإجارة ، فإن عطبت ضمن قيمتها ، وإن سلمت فكراء الزائد ، وإن تعيبت فالأكثر من كراء الزائد وأرش العيب .

قوله : [أى كراء الزائد فقط] : ومعرفة ذلك أن يقال: كم يساوى كراؤها فيما استعارها له ؟ فإذا قيل : عشرة، قيل وكم يساوى كراؤها فيما حمل عليها ؟ قيل : خمسة عشر، دفع إليه الخمسة الزائدة على كراء ما استعيرت له .

قوله : [والكلام فى زيادة الحمل] : الفرق بين زيادة الحمل والمسافة أن زيادة المسافة محض تعد مستقلا منفصلا؛ بخلاف زيادة الحمل فإنه مصاحب للمأذون فيه .

قوله : [وأما المسافة فكالإجارة] إلخ: أجمل هنا فى تفصيل أحكامها، وقد أوضح بعض ما أجمله فيما سيأتى : فإن قوله هنا فإن عطبت ضمن قيمتها . ظاهره تعين القيمة وليس كذلك ، بل يخير فيها وفى أخذ كراء الزائد كما يأتى .

وقوله : [وإن سلمت فكراء الزائد] : ظاهره كانت تعطب بمثله أم لا مع أنه سيأتى أنه مخصوص باليسير ، وأما الكثير فكالعطب .

وقوله: [وإن تعيبت فالأكثر] إلخ : نص عليه هنا ولم ينص عليه فيما يأتى .

والحاصل : أن المأخوذ من هنا ومن هناك أنه إن تعدى المسافة المستعير أو المستأجر بيسير وسلمت فالكراء ، وأما إن عطبت أو تعدى بكثير مطلقاً عطبت أو سلمت خير فى الكراء وفى القيمة ، وإن تعيبت بالتعدى الكثير أو اليسير فالأكثر من

• (ولزِمَتْ) الاستعارة (المُقَيَّدَةُ بعَمَلٍ) : كطحن إردب أو حمله لكذا أو ركوب له (أو أجَلٍ) : كأربعة أيام أو أقل أو أكثر (لانقضائِهِ) أى العمل أو الأجل ، فليس لربها أخذها قبله ، سواء كان المستعار أرضاً لزراعة أو سكنى أو لوضع شىء بها أو كان حيواناً لركوب أو حمل أو غير ذلك أو كان عرضاً .

(وإلاَّ) يكن تقييد بعمل أو أجل بل أطلقت (فَلاَ) تلزم ، ولربها أخذها متى شاء ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد ، وما مشى عليه الشيخ ضعيف

• (وإنْ زَعَمَ) شخص (أنه مُرْسَلٌ) بأن قال : أرسلنى فلان (لاستِعَارَةِ

كشراء الزائد وأرش العيب؛ فالكراء فى صورة واحدة، والتخيير بين القيمة والكراء فى ثلاث والأكبر من أرش العيب والكراء فى صورتين ، ولو اقتصر على تلك التفاصيل هنا وتركها مما سيأتى لكان أحسن .

• تنبيه : لو تعدى المستعير للركوب بنفسه وأردف معه شخصاً آخر فحكمه فى التفصيل حكم زيادة الحمل . ثم إن علم الرديف بالتعدى كان لصاحب الدابة غريمان يتبع أيهما شاء حيث كان الرديف رشيداً ، وإن لم يعلم بالتعدى فلا يتبع الرديف إلا إن أعدم المردف وكان الرديف رشيداً .

قوله : [ولزمت الاستعارة المقيدة] إلخ : ابن عرفة اللخمى : إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء أجل لزمت إليه ، وإن لم تؤجل ک : أعرتك هذه الأرض أو : هذه الدابة أو : الدار ، أو : هذا العبد ، أو الثوب ، ففى صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار إليه . وثالثها : إن أعاره لسكن أوغرس أو يبنى فالثانى وإلا فالأول، الأول لابن القاسم فيها مع أشهب ، والثانى لغيرهما؛ والثالث لابن القاسم فى الدمياطية (اهـ) .

قوله : [على المعتمد] : أى الذى هو قول ابن القاسم مع أشهب .

قوله : [وما مشى عليه الشيخ ضعيف] : أى حيث قال : وإلا فالمعتاد ، فقد مشى على قول غير ابن القاسم وأشهب. وأجيب عنه بأن محل قوله : وإلا فالمعتاد فيما أعير للبناء أو الغرس فإن المعير يلزمه المعتاد إذا لم يدفع للمستعير ما أنفقه وإلا فله الرجوع إن دفع له ما أنفق من ثمن الأعيان، وفى المدونة أيضاً : إن دفع

نَحْوِ حُلِيّ) منكم له فصدق ودفع له ما طلب فأخذه (وتَلِفَ) : أى ادعى أنه تلف منه (ضَمِنَهُ المُرْسِلُ) له (إن صَدَّقَهُ) فى إرساله .

(وإلاّ) يصدقه (حَلَفَ) أنه ما أرسله (وبَرِئَ وضَمِنَ الرَّسُولُ) . ولا يحلف (إلاّ لبَيِّنَة) تشهد له أنه أرسله فلان فالضمان حينئذ على من أرسله ، ولا عبرة بيمينه الذى حلفه .

(وإنْ اعتَرَفَ) الرسول (بالتَّعَدِّى) وأنه لم يرسله أحد (ضَمِنَ إنْ كانَ رَشِيداً) لا صبيًّا ولا سفيهاً إذ لا ضمان عليهما (أو) كان (عَبْداً) :

له قيمة ما أنفقه ، وهل ما فى الموضعين خلاف أو وفاق بحمل دفع القيمة إن لم يشتر الكلف بأن كانت من عنده أو عند طول زمن البناء أو الغرس ، أو إن كان اشتراء الأعيان بغبن كثير ؟ تأويلات أربعة : واحد بالخلاف ، وثلاثة بالوفاق .

قوله : [فصدق] : هكذا نسخة المؤلف من غير ضمير فيكون مبنيًّا للمفعول .

قوله : [ضمنه المرسل له] : أى حيث لم تقم بينة على تلفه بغير تفريطه وإلا فلا ضمان على أحد .

قوله : [ولا يحلف] : أى لا يؤمر بحلف مع الضمان خلافاً للخرشى القائل إنه يحلف ولا يضمن . ومحل ضمان الرسول إن كان مما يغاب عليه كما هو الموضوع وإلا فلا ضمان إلا إذا اعترف بالتعدى .

قوله : [فلان] : الأولى حذفه .

قوله : [ولا عبرة بيمينه الذى حلفه] : هذا الكلام خال من التحرير على مقتضى الدعاوى ، فإن مقتضاها كما يأتى فى الشهادات أنه يسأل المرسل فإن أنكر الإرسال قيل للرسول : ألك بينة ؟ فإن قال : نعم ، أقامها وعمل بمقتضاها ويغرم المرسل من غير يمين يحلفها المرسل ، وإن عجز الرسول عن البينة حلف المرسل وبرئ وغرم الرسول ، فإن ادعى الرسول بينة بعد حلف المرسل فلا تقبل منه إلا بدعوى النسيان أو البعد أو نحو ذلك من المسائل التى تقدمت فى باب الصلح فليتأمل .

قوله : [ضمن إن كان رشيداً] : أى كان مما يغاب عليه أولا .

قوله : [إذ لا ضمان عليهما] : أى ويضيع المال على المعير لتفريطه .

قوله : [أو عبداً] : أى واعترف بالتعدى وهو عبد فلا يكون جناية فى رقبته

أى رقيقاً فى ذمته فلا يباع لذلك بل يتبع به (إنْ عَتَقَ مَالَمْ يُسْقِطْهُ) عنه (السيِّدُ) قبل عتقه وإلا سقط ولا يتبع بعده .

● (ومُؤْنَةُ أخْذِهَا) : أى العارية من محل ربها إن كان يحتاج لمؤنة (و) مؤنة (رَدِّهَا على المسْتَعِير) .

(والعَلَفُ) وهى عند المستعير (عَلَى رَبِّهَا) لا على المستعير وقيل على المستعير والقولان ذكرهما الشيخ بلا ترجيح .

بل فى ذمته .

قوله : [وقيل على المستعير] : أى لأن ربها فعل معروفاً فلا يليق أن يشدد عليه. والمعتمد من القولين أن علفها على ربها. بخلاف العبد المخدم فإن مؤنته على مخدمه بالفتح كما فى الحاشية ، وقول المصنف والعلف هو بفتح اللام ما يعلف به وأما بالسكون وهو تقديم الطعام للدابة فهو على المستعير قولا واحداً .

● تتمة : إن ادعى الآخذ العارية وادعى المالك الكراء فالقول للمالك بيمين فى الكراء وفى الأجرة ، إن ادعى أجرة تشبه، وإلا رد لأجرة المثل، فإن نكل فالقول للمستعير بيمين ، فإن نكل غرم بنكوله . ومحل كون القول للمالك ما لم يكن مثله يأنف من أخذ أجرة على مثل ذلك الشىء وإلا فالقول للمستعير بيمين، فإن نكل فللمالك بيمين ، فإن نكل فالأظهر لا شىء له وكذلك يكون القول للمالك إذا تنازعا فى زائد المسافة قبل الشروع فيه ؛ فإن كان التنازع بعد سفر للزائد فالقول للمستعير فى نفى الضمان والكراء . وهذا إن أشبه وحلف ، وإلا فللمعير. فتأمل .

باب
فى بيان الغصب وأحكامه

• (الغَصْبُ : أَخْذُ مالٍ قَهْراً تَعَدِّيًا بلا حِرَابَة) : أصل هذا التعريف لابن الحاجب رحمه الله .

فقوله : « أخذ مال » جنس يشمل الغصب وغيره ، وهو من إضافة المصدر لمفعوله والفاعل محذوف : أى أخذ آدمى مالا ، والمتبادر من المال : الذات، فخرج به التعدى : وهو الاستيلاء على المنفعة فقط كسكنى دار وركوب دابة من استيلاء على ذات الدار أو الدابة .

وقوله : « قهرا » خرج به الأخذ اختياراً كعارية

باب :

هو لغة أخذ الشيء ظلماً . قال الجوهرى : أخذ الشيء ظلماً غصبه منه وغلبه سواء والاغتصاب مثله (اه) فمعنى الغصب لغة أعم منه شرعاً .

قوله : [أى أخذ آدمى] : مثله الجنى إن تشكل بصورة الآدمى وفعل مثل ما يفعل ، وإنما خص الآدمى لكونه الشأن ، وإلا فلهم مالنا وعليهم ما علينا .

قوله : [والمتبادر من المال الذات] : أى ولذلك قال ابن عرفة فى تعريفه : أخذ مال غير منفعة إلخ .

قوله : [فخرج به التعدى] إلخ : أى فله أحكام تخصه وستأتى فى قوله « والمتعدى غاصب المنفعة » إلخ .

قوله : [من استيلاء على ذات الدار] إلخ : أى ولم يكن قاصداً تملك الذات وإلا كان غصباً للذات ؛ فمن تعليلية لوجه الاستيلاء على المنفعة .

قوله : [خرج به الأخذ اختياراً] : أى كان المأخوذ مال نفسه أو مال المأخوذ منه بدليل التمثيل ، فإن قوله : «كعارية » شامل لأخذ المستعير من المعير ، ولأخذ المعير من المستعير .

وسلف وهبة ، والدين من المدين والوديعة ونحوها من عنده بالاختيار .

وقوله : « تعدياً » أخرج به أخذ ما ذكر قهرًا حيث أنكر أولا من هي عنده أو من غاصب ونحوه ؛ وخرج به السرقة والاختلاس فإن السارق حال الأخذ لم يكن معه قهر .

وبقيت الحرابة ، فأخرجها بقوله : « بلا حرابة » .

واعترضه ابن عبد السلام بأن فيه تركيبها ، وهو توقف معرفة الحد على معرفة

وقوله : [وسلف وهبة] : مثالان لأخذ المال من ربه .

وقوله : [والدين من المدين والوديعة] : إلخ : مثالان لأخذ مال نفسه .

وقوله : [ونحوها] : أى كأخذ الرهن من المرتهن بعد خلاص ما عليه .

قوله : [أخذ ما ذكر] : أى من عارية ، ودين ، ووديعة ، ورهن . .

قوله : [أو من غاصب] : أى بأن قدر على الغاصب وأخذ شيئه من عنده .

وقوله : [ونحوه] : أى كالمتعدى على المنفعة .

قوله : [وخرج به السرقة] إلخ : المناسب تقديمه على قوله تعدياً لأن هذا من جملة محترزات الآخذ قهراً .

قوله : [والاختلاس] : المختلس : هو الذى يأتى خفية ويذهب جهرة ، وخرج الخائن أيضاً : وهو الذى يأتى جهرة ويذهب جهرة ، وأما السارق : فهو الذى يأتى خفية ويذهب خفية .

قوله : [فإن السارق حال الأخذ] : أى ومثله المختلس والخائن .

قوله : [لم يكن معه قهر] : أى وإن كان معه تعد .

قوله : [وبقيت الحرابة] : أى ولما كانت هذه القيود تشمل الحرابة وتنطبق عليها أخرجها لأنها أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث وأحكامها مخالفة لأحكام الغصب من حيث الجملة ، لأن المحارب يقتل أو يصلب أو يقطع من خلاف أو ينفى من الأرض ولا كذا الغاصب .

قوله : [بأن فيه تركيبها] : هكذا نسخة المؤلف وصوابه : تركيباً ، كما هو أصل النص فى (بن) .

حقيقة أخرى ليست بأخص ولا أعم ، أى فلا يعرّف الإنسان مثلا بأنه حيوان غير فرس فلو قال بدله : بلا خوف قتل ، لسلم من التركيب . ويجاب بأن هذا تعريف رسمى فيكون فيه ما يشعر بتمييز المحدود عن غيره ،

والمراد بالأخذ : الاستيلاء عليه ولو لم يأخذه بالفعل ، فمن استولى على مال شخص بأن منع ربه منه ولو لم ينقله من موضعه فهو غاصب .

وحرمته معلومة من الدين بالضرورة ولكن لم يرد فيه حد مخصوص .

● (وأدّبَ) غاصب (مُمَيِّزٌ) ولو صبيا بما يراه الحاكم لحق الله .

ولو عفا عنه المغصوب منه — بضرب أو سجن أو هما أو مع نفى ؛ فإن الغاصب قد يكون مشهوراً بذلك، ذو بغى وطغيان وقد لا يكون كذلك ، وقد يكون كبيراً وقد يكون صغيرا ، فالحاكم له النظر فى ذلك ، وقيل : إن الصبى المميز لا يؤدب لحديث[1] : « رفع القلم عن ثلاث » ، فذكر فيه الصبى حتّى يحتلم ويردّ بأن تأديبه

قوله : [ليست بأخص ولا أعم] : أى بل مباينة .

قوله : [بأنه حيوان غير فرس] : أى فهذا التعريف من حقيقتين متباينتين وهو معيب عندهم .

قوله : [لسلم من التركيب] : أى وتخرج الحرابة بهذا القيد ، وكذا لو قال على وجه لا يتعذر معه الغوث .

قوله : [ويجاب بأن هذا تعريف رسمى] : أى لا حد حقيقى والتركيب معيب دخوله فى الحدود لا فى الرسوم .

قوله : [ولكن لم يرد فيه مخصوص] : أى وإنما فيه الأدب بما يراه الحاكم كما أفاده المصنف .

قوله : [ولو عفا عنه المغصوب منه] : أى خلافاً للمتيطى حيث قال : لا يؤدب إذا عفا عنه المغصوب منه .

قوله : [وطغيان] : مرادف لما قبله .

قوله : [فذكر فيه الصبى حتّى يحتلم] : أى والمجنون حتّى يفيق والنائم حتّى يستيقظ .

---

(١) سبق تخريجه .

لإصلاح حاله كما يؤدب للتعليم وكما يؤدب الدابة ، لذلك فإن الصبي إذا قصد التخليط في القرآن أو غيره عمداً ولم يمتثل بمجرد النهي فلا شك أنه يؤدب لصلاح حاله ، فكذا إذا غصب .

• (كَمُدَّعِيهِ) : أي كما يؤدب من ادعى الغصب أو السرقة أو نحوهما . (على صَالِحٍ) مشهور بذلك لايشار إليه بهذا ، وفي النوادر : إنما يؤدب المدعي على غير المتهم بالسرقة إذا كان على وجه المشاتمة أما على وجه الظلامة فلا . وأما مستور الحال فلا أدب على المدعي عليه . وهل يحلف ليبرأ من الغرم أو لا يمين عليه ؟ قولان . وأما من يشار إليه بذلك ولم يشتهر به فلا أدب على المدعي عليه ويحلف ليبرأ ، فإن نكل حلف المدعي واستحق ، فإن اشتهر بالعداء بين الناس فإنه يحلف ويهدد ويضرب ويسجن ، فإن استمر على جحوده ترك وإن اعترف بعد التهديد ، فهل يؤخذ بإقراره أو لا؟ في ذلك ثلاثة أقوال : قيل يؤخذ بإقراره مطلقاً ، وقيل : إن عين الشيء المدعي به أخذ بإقراره وإلا فلا ، والثالث هو المعتمد وقول ابن القاسم في المدونة : إنه لا يؤخذ بإقراره ولو عين الشيء لأنه مكره .

● (وضَمِنَ) الغـــاصب المميز (بالاستيلاَءِ) على الشيء الذي غصبه :

قوله : [فإن اشتهر بالعداء بين الناس] : قد ظهر لك أن الأقسام أربعة ؛ لأن المدعي عليه بالغصب إما صالح ، أو مستور حال ، أو فاسق يشار إليه بالغصب ولم يشتهر به ، أو مشهور بالغصب . أفاد الشارح أحكامها تبعاً لـ (بن) .

قوله : [فإنه يحلف ويهدد ويضرب] إلخ : محصل كلام الشارح تبعاً لـ (بن) أن التحليف والتهديد والضرب والسجن متفق عليه والأقوال إنما هي في المؤاخذة بالإقرار وعدمها قال (بن) وقول ابن عاصم :

وإن تكن دعوى على من يتهم فمالك بالسجن والضرب حكم

لا يفيد شيئاً من ذلك يعني من تلك الأقوال ، وإنما يفيد الضرب وما معه فهو كلام مجمل .

قوله : [بالاستيلاء] : أي يتعلق به الضمان بمجرد الحيلولة بينه وبين مالكه ، وأما الضمان بالفعل فلا يتحقق إلا إذا حصل مفوت .

أى بمجرده ، ولو تلف بسماوى أو جناية غيره عليه ؛عقاراً أو غيره (ولَوْ مَاتَ) حتف أنفه (أو قُتِلَ قِصَاصاً) إن جنى بعد الغصب فقتل عبدا مثله ، وأما لو جنى على مثله فقتله قبل الغصب فاقتص منه بعده ، فلا ضمان على الغاصب كما يفيده النقل ، وهو ظاهر ، (أو) قتل (لعَدَاءٍ) منه بحيث لا يمكن التخلص منه إلا بقتله ، فيضمنه الغاصب .

(كجَاحِدِ وَدِيعة) عنده من ربها ثم أقر بها أو قامت عليه بها بينة ثم هلكت ولو بسماوى ، فإنه يضمنها لربها لأنه بجحدها صار غاصباً ، (وآكلٍ) من طعام مغصوب (عَلِمَ) بأنه مغصوب فإنه يضمن لربه ما أكله ولربه الرجوع عليه ابتداء لأنه بعلمه بالغصب صار غاصباً (كغَيْرِهِ) : أى كما يضمن الآكل غير العالم بالغصب .

(و) قد (أعْدَمَ المُتَعَدِّى) أو لم يقدر على تضمينه للظلمه ، فإن كان الغاصب ملياً مقدوراً عليه بدئ بتغريمه ،

قوله : [عقاراً أو غيره] : هذا هو المذهب خلافاً لابن الحاجب من أن غير العقار لا يتقرر فيه الضمان بمجرد الاستيلاء ، بل حتى ينقل .

قوله : [فقتله] : المناسب حذفه .

قوله : [كما يفيده النقل] : أى عن النوادر وقرر به ابن فرحون كلام ابن الحاجب . إذا علمت هذا فتوقف (عب) تبعاً للأجهورى والشيخ أحمد الزرقانى فيه لا وجه له فقول الشارح : وهو طاهر ، توركٌ عليهم .

قوله : [لأنه بجحدها صار غاصباً] : أى حكمه حكم الغاصب فى الضمان .

قوله : [وآكل] : بالمد اسم فاعل معطوف على جاحد .

قوله : [لأنه بعمله] : هكذا نسخة المؤلف بتقديم الميم على اللام ، والصواب تقديم اللام على الميم .

قوله : [صار غاصباً] : أى حكماً من حيث الضمان .

قوله : [أى كما يضمن الآكل غير العالم بالغصب] : أى حيث كان مليا والحال أنه قد أعدم المتعدى إلخ .

قوله : [فإن كان الغاصب ملياً] إلخ : محترز قوله : « أعدم أو لم يقدر

فإن أعسر كما أعسر الغاصب اتبع أولهما يساراً ، ومن أخذ منه لا يرجع على صاحبه، وكلامنا أتم من كلامه. وأما من غصب حيواناً فذبحه، فهل الذبح موجب للضمان لأنه مفوت؟ وهو الذى درج عليه المصنف ورجح ، وعليه فلربها تغريمه القيمة أو أخذها مذبوحة دون أرش مانقصها الذبح، هذا هو المعتمد من المذهب، ونص ابن القاسم وفى المدونة : أن من غصب قمحاً فطحنه فهو مفوت وعليه مثل القمح،ومن أكل من شىء بعد فوته فلا غرم عليه ، وهل يجوز بعد الفوات الأكل منه ؟ الراجح فى المذهب الجواز ؛ ولذا أفتى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين فذبحوها لأنه بذبحها ترتبت القيمة فى ذمة الغاصب ، والله أعلم .

على تضمينه » .

قوله [فإن أعسر] : أى الآكل، وهو محترز ما تقدم من تضمين الآكل حيث كان مليًا والغاصب معدم .

قوله : [ومن أخذ منه لا يرجع على صاحبه] : أما إن كان الأخذ من الغاصب فظاهر أنه لا يرجع على الآكل لأنه المباشر للغصب ، وأما إن كان الأخذ من الآكل فحيث أكل الجميع أخذ منه الجميع وإن أكل البعض فبقدر أكله.

قوله : [أتم من كلامه]: أى لأن كلام خليل مجمل ، فإنه قال أو أكل بلا علم .

قوله : [وأما من غصب حيواناً] : محترز قوله : « وأكل من طعام مغصوب علم » فإن موضوع ما تقدم طعام أكله الغاصب ومن معه بهيئته التى كان عليها عند ربه .

قوله : [أو أخذها مذبوحة] إلخ : وخيرته تنفى ضرره .

قوله : [وفى المدونة أن من غصب قمحاً] إلخ: هذا يعين ما قلناه أولا من أن الطعام المتقدم أكل بالهيئة التى كان عليها عند صاحبه .

قوله : [فلا غرم عليه] : أى لكون الحرام لا يتعلق بذمتين .

قوله : [الراجح فى المذهب الجواز] : أى كما رجحه ابن ناجى تبعاً لصاحب المعيار ، ولو علم الآكل أن الغاصب لا يدفع القيمة لأن دفع العوض

(وحَافِرِ بِئْر) بالجر عطف على جاحد وديعة (تَعَدِّيًا) بأن حفرها فى طريق الناس أو فى ملك غيره بلا إذن أو فى ملكه بقصد الضرر ، فتردّى فيها شىء ، فإنه يضمن وأما فى ملكه بلا قصد ضرر أو فى الموات كذلك فهدر .

(ومُكْرِهٍ) بكسر الراء اسم فاعل (غَيْرَه عَلَى التَّلَفِ) فإنه يضمن ، وكذا من أغرى ظالماً على تلف شىء أو أخذه من ربه فإنه يضمن .

* (وقُدِّمَ المُبَاشِر) على المتسبب عند الإمكان ، فيقدم المكره ، بالفتح فى الضمان على المكره بالكسر ، ويقدم الظالم على من دله أو أغراه على التلف ونحوه ويقدم المردى فى البئر على الحافر لها .

(وفَاتِح حِرْزٍ على حَيَوَان) طيرا أو غيره (أو غيرِه) أى غير حيوان ، كعسل وسمن من المائعات أو من الجامدات وتلف أو ضاع منه شىء (أو) فتح حرزاً كقيد أو باب على (رَقِيق) قيد أو غلق عليه (خَوْفَ إبَاقِه) فإنه

واجب مستقل واعتمده فى الحاشية ، ولكن قال فى الأصل : من اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه أى لكونه من الشبهات وفى الحديث : « ومن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام » الحديث[1] .

قوله : [فتردى فيها شىء فإنه يضمن] : أى ولو لم يكن المقصود بالحفر .

قوله : [وكذا من أغرى ظالماً] إلخ : ظاهره الضمان وإن قصد بذلك دفع الضرر عن نفسه لأنه لا يجوز له نفع نفسه بضرر غيره .

قوله : [ويقدم المردى فى البئر على الحافر لها] : أى إلا أن يحفرها لمعين فرداه فيها غيره فسيان الحافر والمردى فى القصاص عليهما فى الإنسان المكافئ وضمان غيره .

قوله : [خوف إباقه] : مفهومه : أنه لو فتح قيد عبد قيد لنكاله فأبق لم يضمن ، ولو تنازع ربه مع الفاتح فادعى ربه أنه إنما قيده لخوفه إباقه ، وقال الفاتح : إنما قيدته لنكاله — ولم تقم قرينة على صدق واحد منهما — فالظاهر أن قيد حر القول قول سيده ، لأن هذا الأمر لا يعلم إلا من جهته ، ومفهوم : « عبد » أنه لو فتح قيد لئلا يأبق فذهب بحيث تعذر رجوعه فإنه يضمن ديته دية عمد .

● تنبيه : قال التتائى ما نصه : وفى الذخيرة عن الموازية ، إذا قلت له : أغلق

---

(١) من حديث نعمان بن البشير الحلال بين والحرام بين متفق عليه . رواه البخارى وغيره بعبارات مختلفة .

يضمن قيمته لربه .

(إلا بِمُصَاحَبَة رَبّه) له حين الفتح وعلمه فلا ضمان على الفاتح (إنْ أمْكَنَتَه) : أى أمكن ربه (حِفْظَه) . (لا) إن لم يمكنه (كطير) فتح عليه أو سائل كماء وعسل فيضمن ، إذ لا يمكن عود ما ذكر عادة (ودالّ لص ونحوه) كظالم وغاصب ومكاس على مال فأخذه أو أتلفه ، فإنه يضمن وقدم المباشر . فالأولى تقديم هذا على قوله : « وقدم المباشر » .

● (مِثْلَ المِثْلِىّ) معمول لقــوله : « ضمن » (ولو بغَلاَءٍ) فإذا

باب دارى فإن فيها دوابى ، قال : فعلت : ولم يفعل متعمداً للترك حيث ذهبت الدواب لم يضمن ، لأنه لا يجب عليه امتثال أمرك ، وكذلك قفص الطائر ، ولو أنه هو الذى أدخل الدواب أو الطائر القفص وتركهما مفتوحين وقد قلت له : أغلقهما ، لضمن إلا أن يكون ناسياً ؛ لأن مباشرته لذلك تصيره أمانة تحت حفظه ، ولو قلت له : صب النجاسة من هذا الإناء ، قال : فعلت ؛ ولم يفعل ، فصببت مائعاً فتنجست لا يضمن ، إلا أن يصب هو المائع لما تقدم ، ولو قلت : احرس ثيابى حتّى أقوم من النوم ، أو : أرجع من الحاجة ، فتركها فسرقت ضمن لتفريطه فى الأمانة ، ولو غلب عليه نوم قهره لم يضمن ، وكذلك لو رأى أحداً يأخذ ثوبه غصباً فإنه لا يضمن إن كان يخافه وهو مصدق فى ذلك لأن الأصل براءة ذمته وكذلك يصدق فى قهر النوم له ، ولو قال لك : أين أصب زيتك ؟ فقلت : انظر هذه الجرة إن كانت صحيحة فصب فيها ونسى النظر إليها وهى مكسورة ضمن لأنك لم تأذن له إلا فى الصب فى الصحيحة ، ولو قلت له : خذ هذا القيد فقيد هذه الدابة ، فأخذ القيد ولم يفعل حتّى هربت الدابة ، لم يضمن لأنك لم تدفع إليه الدابة ، فلو دفعت إليه الدابة ضمن ، وكذا لو دفعت إليه الدابة والعلف فترك علفها ضمنها ولو دفعت إليه العلف وحده فتركها بلا علف حتّى ماتت جوعاً وعطشاً لم يضمن . ولو قلت : تصدق بهذا على المساكين ، فتصدق به وقال اشهدوا أنى تصدقت به عن نفسى أو عن رجل آخر فلا شىء عليه عند أشهب . والصدقة عنك لأنه كالآلة لا تعتبر نيته ، ولو قلت : سدّ حوضى وصب فيه راوية ، فصبها قبل السد ، ضمن ؛ لأنك لم تأذن له فى الصب إلا بعد السد ، والصب قبله غير مأذون فيه (اهـ . شب) .

قوله : [معمول لقوله ضمن] : أى ضمن بالاستيلاء المثلى إذا تعيب أو تلف

غصبه وهو يساوى عشرة وحين التضمين كان يساوى خمسة أو عكسه أخذ بمثله ولا ينظر للسعر الواقع (و) لو انقطع المثلى كفاكهة وغَصَبَهَا فى إبانها ثم انعدمت (صَبَرَ) وجوبا ويقضى عليه به (لوجُودِه) فى القابل (و) صبر (لِبَلَدِه) أى للبلد الذى غصبه فيه فيوفيه مثله فيها إذا لم يكن المغصوب مع الغاصب بل (ولو صَاحَبَه الغَاصِب) بأن كان الشىء المغصوب مع الغاصب فى غير بلد الغصب لأن نقله لبلد آخر فوت يوجب رد المثل لا عينه (وَلَهُ أَخْذُ الثَّمَنِ) أى ثمن المثلى من الغاصب فى هــذا البلد (إنْ عَجَّلَ) دفع الثمن وإلا منع لما فيه من فسخ دين فى دين ، وليس له أخذ عين شيئه حيث وجده معه لأنه قد فات بنقله ، فليس له إلا مثله فى بلد الغصب إذا لم يرض الغاصب بدفعه له: وردّ بـ « لو » قول أشهب : بأن ربه يخير فى أخذه وفى الصبر لبلد الغصب إذا وجده معه ، وظاهر ما لابن القاسم : أن نقله لبلد مفوت ولو لم يكن فيه كلفة ، بأن كان شيئًا خفيفًا كالعين. قال الخرشى. واعلم أن هنا أمرين. الأول : أن النقل فى المثلى فوت وإن لم يكن فيه كلفة ، وأما فى المقوم فإنما يكون فوتًا إذا احتاج لكبير حمل كما يأتى ، وعلى هذا فالمغصوب مخالف للمبيع بيعا فاسدًا ، إذ المبيع بيعاً فاسداً إنما يفوت بنقل فيه كلفة سواء كان مثليا أو مقوما . الثانى : أنَّ فوت المثلى يوجب غرم مثله ، وفوت المقوم لا يوجب غرم قيمته

بمثله ، وقيدنا بقولنا : إذا تعيب أو تلف ، احترازاً عما لو كان المثلى المغصوب موجوداً ببلد الغصب وأراد ربه أخذه وأراد الغاصب إعطاء مثله ، فلربه أخذه ؛ لأنه أحق بعين شيئه ، وإن كانت المثليات لا تراد لأعيانها لكن اتفقوا على المثليات تتعين بالنسبة لمن كان ماله حراماً ، فتى تمكن من عين شيئه أخذه وجوباً .

قوله : [لأن نقله لبلد آخر فوت] : أى وإن لم يكن فيه كلفة كما يأتى .

قوله : [إذا لم يرض الغاصب] : أى فلا يكون إلا بتراضيهما .

قوله : [أن نقله لبلد] أى آخر .

قوله : [واعلم أن هنا أمرين] إلخ : الفرق بين المقوم والمثلى : أن المثلى لما كان مثله يقوم مقامه اكتفى فيه بأدنى مفوّت ، بخلاف المقوم يراد لعينه فلا يفوت إلا بنقل فيه كلفة .

بل يوجب التخيير (انتهى) : وإذا أوجب فوت المثلى غُرم المثل، فليس لرب المغصوب أن يلزم الغاصب رد مال صاحبه فى غير بلد الغصب إلى بلده كما صرح به المصنف بقوله : « ولا رده » فهو معلوم مما قبله التزاماً وليس بتكرار كما قيل .

● (و) له (المنع منه) : أى منع الغاصب من المغصوب أى من التصرف فيه ببيع أو غيره إذا وجده معه ببلد آخر وإن كان ليس له أخذه لفواته (للتَّوَثُّق) : علة للمنع أى له منعه من التصرف فيه لأجل أن يتوثق منه (بِكَرَهْن) : يأخذه منه . وأدخلَتْ الكاف : الحميل ، خشية أن يضيع حق ربه . ومثله المقوم حيث احتاج لكبير حمل ولم يأخذه بل اختار أخذ قيمته . وإذا منعه للتوثق فتصرفه فيه مردود . ويؤخذ منه أنه لا يجوز لمن وهب له قبوله ولا التصرف فيه بأكل أو غيره حتى يعطى لصاحبه المثل أو القيمة ومنه يؤخذ منع الأكل من مغصوب فات ، ولزم الغاصب قيمته أو مثله حيث علم أنه لا يرد القيمة أو المثل لربه ، قال بعضهم : بل ولو علم أنه يردها حتى يرد بالفعل وبه جزم بعضهم؛ ومقتضى ما لابن القاسم والمدونة الجواز ورجح وقد قدمناه وعليه فالورع تركه .

قوله : [بل يوجب التخيير] : أى بين أن يأخذ بقمته أو يضمنه المغصوب — كذا فى الحاشية .

قوله : [وله المنع منه] : أى إن الحاكم يجب عليه إذا رفعت له الحادثة أن يمنع الغاصب من التصرف فى المثلى ببيع أو غيره حتى يتوثق منه برهن أو حميل .

قوله : [بأكل أو غيره] : أى كبيع أو هبة .

قوله : [الجواز ورجح] : أى كما لابن ناجى تبعاً لصاحب المعيار ؛ لأن دفع القيمة واجب مستقل، واعتمد هذا أيضاً فى الحاشية ، خلافاً لفتوى الناصر والقرافى وصاحب المدخل من المنع إذا علم أن الغاصب لا يدفع قيمة . لكن محل قول ابن القاسم : مالم يكن ذلك الغاصب مستغرقاً للذم وجميع ما بيده أصلها أموال الناس ، وإلا فلا يجوز الأكل من طعامه ولا قبول هداياه بإجماع ابن القاسم وغيره كما تقدم لنا ذلك فى الحجر نقلا عن أهل المذهب .

قوله : [فالورع تركه] : أى لأنه من الشبهات والورع ترك الشبهات خوف الوقوع فى المحرمات .

● ثم انتقل يتكلم على ما يفوّت المغصوب فقال :

(وفات) المثلى وكذا المقوم (بتَغَيُّر ذَاتِه) عند الغاصب بهزال أو عرج أو عور ونحوها ، فأولى ذهاب عينه بموت أو أكل أو شرب أو ضياع ولو بسماوى كما تقدم .

(ونَقْلِه) لبلد ولو لم يكن فيه كلفة إن كان مثليا ومع الكلفة إن كان مقوما .

(ودخُول صَنْعَةٍ فِيه) : أى فى المغصوب (كنُقْرَةٍ) : أى قطعة من ذهب أو فضة ونحاس أو حديد (صيغَتْ) حليًا أو آنية (وطِينٍ لُبِّنَ) بضم اللام وتشديد الموحدة بالكسر أى جعل لَبِنًا بكسر الموحدة وأولى البناء به (وقَمْحٍ) مثلا (طُحِنَ) ودقيق عجن وعجين خبز ، فإنه فوات هنا . بخلافه فى الربويات فلم يجعلوه ناقلا ، فنعوا التفاضل بينهما كما تقدم احتياطًا للربا ، وهنا احتاطوا للغاصب فلم يضيعوا كلفة فعله عليه وهو — وإن ظلم — لا يُظلم : وقال أشهب : إنه لا ينقل هنا كالربويات والظالم أحق بالحمل عليه (وحَبٍّ بُذِرَ) وهو المراد بقوله « زرع » . ومتى حصل فوات فليس لربه أخذه إن كان مثليًا ، بل يتعين أخذ مثله إلا برضا الغاصب ، وإن كان مقومًا خير ربه بين

قوله : [ونحوها] : أى كالطحن فى المثليات وسيذكر أمثلة ذلك بعد .

قوله : [ودخول صنعة] : عطف خاص بالنسبة لقوله بتغير ذاته .

قوله : [حليًا أو آنية] : أى أو ضربت دراهم .

قوله : [وقال أشهب] إلخ: كلامه وإن كان وجيهاً غير معول عليه والمعوّل عليه الأول .

قوله : [وحب بذر] : البذر إلقاء الحب على الأرض فمتى حصل وإن لم يغطه طين الأرض كان مفوتاً .

قوله : [إلا برضا الغاصب] : أى إن أمكن ذلك ، وأما مثل بذر الحب فلايتأتى فيه ذلك .

قوله : [وإن مقوماً] : حذف كان مع اسمها وأبقى خبرها وهو جائز لقول ابن مالك :

ويحذفونها ويبقون الخبر وبعد إن ولو كثيراً ذا اشتهر

أخذه أو أخذ القيمة يوم الغصب كما تقدم (وبَيْض أَفْرَخَ) بعد غصبه ، فلربه مثل البيض لا الفراخ (إلاّ) إن غصب (ما) أى طيرا (بأرض) عند الغاصب ثم أفرخ (إنْ حَضَنَ) الطير المغصوب بيض نفسه فالطير وفراخه لربها وأولى إن غصب الطير وبيضه (وعَصير تَخَمَّرَ) بعد غصبه فلربه مثل العصير لفواته بالتخمير : (وإنْ تَخَلَّلَ) العصير عند الغاصب (خُيِّرَ) ربه فى أخذه خلا أو مثل عصيره إن علم قدره ، وإلا فقيمته لأن المثلىّ الجزاف يضمن بالقيمة إذا فات: فالنقرة إذا فاتت بالصياغة والطين إذا لبن ونحوهما — إذا لم يعلم قدرهما — فإنه يرجع للقيمة ، ولا يرجع للمثل إلا إذا علم القدر وزناً وكيلا أو عدداً والطين مما يعلم قدره بالكيل بنحو قفة .

● (وقِيمَةَ المُقَوَّم) عطف على « مثل المثلىّ » : أى وضمن قيمة المقوم من عرض أو حيوان (و) قيمة (ما أُلحِقَ بِه) : أى بالمقوم من المثليات إذا فات عند الغاصب (كغزل وحُلِىّ وآنِيَة) من معدن ، فإنها إذا فاتت بنسج

قوله : [وبيض أفرخ بعد غصبه] : يعنى أن من غصب بيضاً فحضنته دجاجة وأفرخ فعليه مثل البيض لربه والفراخ للغاصب لفوات البيض بخروج الفراخ منه .

قوله : [فالطير وفراخه لربها] : أى فلا يعد إفراخ بيضه مفوتاً لتبعته للطير والطير لم يفت .

قوله : [وأولى إن غصب الطير وبيضه] : أى وأفرخ ذلك البيض عنده بسبب حضن الطير له فالأم والفراخ لربه وكذا إذا غصب من شخص دجاجة وبيضاً ليس منها وحضنته تحتها ، فإن الأم والفراخ لربها وعليه أجرة المثل للغاصب ، فإن كانا لشخصين فلرب البيض مثله وترجع الدجاجة لربها ويلزم الغاصب كراء مثلها فى حضنها والفراخ للغاصب .

● فرع : لو مات حيوان حامل فأخرج رجل ما فى بطنه من الحمل وعاش فالولد لرب الحيوان وعليه أجرة علاج المخرج كما فى (عب) .

قوله : [وإن تخلل العصير] إلخ : أى ابتداء أو بعد تخمره .

قوله : [خير ربه] : أى سواء كان مسلماً أو ذمياً .

ونحوه أو بكسر أو صياغة أخرى . وأولى إن ضاعت ذاتها فإنه لا يأخذ مثلها بل يأخذ قيمتها يوم غصبها (وإنْ) كان المغصوب (جِلْدَ مَيْتَةٍ لم يُدْبَغْ) وأولى إن دبغ (أو) كان (كَلْباً مَأْذوناً فيه) ، ولا يلزم من عدم جواز بيع ماذكر عدم أخذ القيمة بل تتعين فيها القيمة قياساً على الغرة فى الجنين، إن كان لا يجوز بيع الجنين ، وأما الكلب غير الماذون فيه فلا قيمة له : ومثل الغاصب من أتلفها أو عيبها ولو خطأ فإنه يضمن والعمد والخطأ فى أموال الناس سواء .

● (وخُيِّرَ رَبُّه) : أى رب الشىء المغصوب إذا كان أرضاً (إنْ بَنَى) الغاصب عليها . (أو غَرَسَ) فيه شجراً وسيأتى الزرع فى الفصل بعده فالخيار لربه لا للغاصب (فى أخْذِه) : أى أخذ ما غصب منه من الأرض وما فيها

قوله : [بل يأخذ قيمتها يوم غصبها] : أى لأن المثلى إذا دخلته صنعة لزمت فيه القيمة فقولهم المثلى ما حصره كيل أو وزن أو عدّ ولم تتفاوت أفراده يقيد بما إذا يكن لم أصله مثليًّا ودخلته صنعة، فإن كان كذلك فهو مقوم .

قوله : [وإن كان المغصوب جلد ميتة] : رد بالمبالغة على قول المبسوط إنه لا شىء عليه فيه وإن دبغ لأنه لا يجوز بيعه كذا فى (بن) .

قوله : [مأذوناً فيه] : أى فى اتخاذه ككلب الصيد أو الماشية أو الحراثة وفوته على أربابه بقتل وما فى معناه فيلزمه قيمته ، ولو كان قتل الغاصب له بسبب عدائه عليه ولو لم يقدر على دفعه عنه إلا بالقتل لظلمه بغصبه، فهو المسلط له على نفسه، والظالم أحق بالحمل عليه .

قوله : [قياساً على الغرة] : أى على القضاء بأخذ الغرة وهى عشر دية الأم أو عبد أو وليدة تساويه .

قوله : [وإن كان لا يجوز بيع الجنين] : إظهار فى محل الإضمار .

قوله : [من أتلفها أو عيبها] : أى هذه المذكورات المتقدمة، لكن فى الإتلاف يلزم القيمة بتمامها إن كان مقوماً، والمثل إن كان مثليًّا وفى التعييب يلزم الأرش بأن ينظر ما بين قيمته سليماً ومعيباً ويلزمه ما بينهما .

قوله : [أو غرس فيه] : المناسب فيها .

قوله : [فالخيار لربه لا للغاصب] : أى خلافاً لابن القصار حيث قال

من بناء أو غرس (ودَفع) : أي مع دفع (قيمَةَ نُقْضه) بضم النون أي منقوضه أي قيمته منقوضاً إن كان له قيمة بعد النقض لا مالا قيمة له كتراب وجص وزوقة بأحمر أو أخضر (بَعْدَ سقُوط) أي إسقاط أجرة (كلفةٍ لَمْ يَتَوَلَّها) الغاصب بنفسه أو خدمة ، أي إن كان شأنه لا يتولى ذلك مع تسوية الأرض كما كانت ؛ فيقال : ما يساوى نقض هذا البناء أو الشجر لو نقض؟ فإذا قيل: عشرة، قيل: وما أجرة من يتولى الهدم وتسوية الأرض؟ فإذا قيل : أربعة ، غرم للغاصب ستة، فإذا كان الغاصب شأنه أن يتولى ذلك بنفسه أو خدمة غرم له المالك جميع العشرة (وأمرِهِ بتَسْوِيَةِ أرْضِهِ) مقابل قوله «أخذه» : أي خير بين أخذه مع دفع إلخ.. وبين أمره بتسوية أرضه بعد أن يهدم ما بناه أو يقلع ماغرسه: (أو جنَى) عطف على «بنى» أي وخير ربه إن جنى على المغصوب (أجْنَبِيٌّ) : أي غير الغاصب بين أن يتبع الغاصب أو الجانى .

(فإن اتَّبَعَ) ربه (الغَاصِبَ بقيمته يَوْمَ الغَصْبِ ، رَجَعَ) الغاصب (عَلَى الجَانِي بقيمَتِهِ يَوْمَ الجِنَايَةِ فَلَتْ) عن قيمته يوم الغصب (أو

الخيار للغاصب .

قوله : [أي مع دفع قيمة نقضه] : أي فلو كان المغصوب أنقاضاً وبناها الغاصب فى أرضه فللمغصوب منه هدمها وله إبقاؤها وأخذ قيمتها ، وكذا إذا غصب ثوباً وجعله بطانة فلربه أخذه وإبقاؤه وتضمينه القيمة .

قوله : [كتراب وجص وزوقة] إلخ : أي فيأخذها المغصوب منه بلا شيء ، فإن أزالها الغاصب غرم قيمتها قائمة للمغصوب منه لأنه يملكها . بخلاف هدم المستعير بناءه أو قلع غرسه بعد انقضاء المدة وقبل الحكم به للمعير فلا شيء عليه كما مر ، والفرق أن المستعير مأذون له بخلاف الغاصب كذا فى (عب) .

قوله : [إن جنى على المغصوب أجنبي] : أي سواء كان المغصوب مما يجوز بيعه أو لا كجلد ميتة لم يدبغ أو كلب مأذون فيه .

قوله : [يوم الغصب] : أي لأنه وقت ضمان الغاصب.

قوله : [يوم الجناية] : أي لأنه وقت ضمان الجانى .

كَثُرَتْ عنها) : والزائد يكون له .

(وإن اتَّبَعَ الجَانِى) بالقيمة يوم الجناية (فَأَخَذَ أقَلَّ) من قيمته يوم الغصب - كما لو كانت قيمته يوم الجناية عشرة ويوم الغصب خمسة عشرة - فأخذ من الجانى العشرة لأنها التى تلزمه (رَجَعَ بالزَّائِدِ) وهو الخمسة فى المثال (عَلَى الغَاصِبِ) .

* (وله) أى لربه (هَدْمُ بناء) بناه الغاصب (عليه) : أى على المغصوب، إذا كان عموداً أو خشبة أو حجراً فيأخذ عين شيئه بعد هدم ما عليه وله تركه وأخذ قيمته . فهذا فى غير الأرض فجعله شاملا للأرض - كما فى بعض الشراح - غير صحيح ؛ لأن غاصب الأرض إذا بنى أو غرس فيها قدمناه وذكره الشيخ فيما بعد هذا .

* (و) له (غَلَّة) مغصوب (مُسْتَعْمَل) : إذا استعمله الغاصب أو أكراه ، سواء كان عبداً أو دابة أو أرضا أو غير ذلك على المشهور . فإذا لم

قوله : [والزائد يكون له] : أى للغاصب ، وأما قولهم الشخص لا يربح فى مال غيره محله غيره إن لم يكن تعلق بذمته .

قوله : [رجع بالزائد] : أى فقط لأن العشرة التى أخذها من الجانى كانت من حق الغاصب فآل الأمر إلى أن الغاصب غارم للخمسة عشر التى هى القيمة يوم الغصب .

قوله : [إذا بنى أو غرس] : الضمير يعود على الغاصب المفهوم من الغصب على حد (اعْدِلُوا هو أقْرَبُ للتَّقْوَى)[1] .

قوله : [قدمناه] : أى حكمه ، فالمفعول محذوف أى فقد قدمه فى قوله وخير ربه إذا بنى أو غرس إلخ .

قوله : [وله غلة مغصوب] : الضمير يعود على المغصوب منه .

قوله : [على المشهور] : قال فى التوضيح : وهذا ماصرح به المازرى وشهره صاحب المغنى وابن الحاجب ، وقال ابن عبد السلام : هو الصحيح عند ابن العربى وغيره من المتأخرين ، وقال ابن عاشر : هو المشهور .

---

(١) سورة المائدة الآية ٨ .

يستعمله فلا شيء عليه ولو فوّت على ربه استعماله ، إلا إذا نشأ من غير استعمال كلبن وصوف وثمر . قال فى المدونة : وما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر أو تناسل — مثل الحيوان أو جزّ الصوف أو حلب اللبن — فإنه يرد ذلك كله مع ما غصب . وما أكله رد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا يقضى فيه بالمثل ، فإن ماتت الأمهات وبقيت الأولاد وما جز وما حُلب ، خير ربها إن شاء أخذ قيمة الأمهات ولا شيء له فيما بقى من ولد وصوف ولبن ولا من ثمنه إن بيع ، وإن شاء أخذ الولد إن كان، أو ثمن مابيع من صوف ولبن ونحوه وما أكل الغاصب أو انتفع به من ذلك فعليه المثل فيما له مثل القيمة فيما يقوم ، ولا شيء عليه فى الأمهات ألا ترى أن من غصب أمة فباعها فولدت عند المبتاع ثم ماتت ، فليس لربها أن يأخذ أولادها وقيمة الأم من الغاصب ، وإنما له أخذ الثمن من الغاصب أو القيمة يوم الغصب أو يأخذ الولد من المبتاع ولا شيء عليه ولا على الغاصب فى

قوله : [إلا إذا نشأ من غير استعمال] : مستثنى من قوله : « فإذا لم يستعمله فلا شيء عليه » .

قوله : [فإنه يرد ذلك كله مع ما غصب] : كل من يرد.« وغصب » مبنى للمفعول أو للفاعل . وكذلك قوله : أوجزّ أو حلب .

قوله : [فيما لا يقضى فيه بالمثل] : أى وهى المثليات المجهولة وسائر المقومات .

قوله : [وما جزّ وما حلب] : بالبناء للفاعل أو للمفعول .

قوله : [من ولد وصوف ولبن] : راجع للأولاد . والجز والحلب على سبيل اللف والنشر المرتب .

قوله : [وإن شاء أخذ الولد] : أى وما معه من صوف ولبن . وقوله : من صوف ولبن أى وولد ؛ ففى الكلام احتباك .

قوله : [وما أكل الغاصب أو انتفع] إلخ : ليس هذا تكراراً مع ما تقدم لأن ما تقدم مبين فيه حكم ما نشأ من غير تحريك مع عدم فوات الأمهات وما هنا بيان لحكمه مع فوات الأمهات .

قوله : [وإنما له أخذ الثمن أو القيمة] : أى يخير بينهما وقوله يوم الغصب ظرف للقيمة .

قوله : [ولا شيء عليه] : أى على المبتاع .

قيمة الأم ، ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن (اهـ) نقله المحشى فهذا هو المعتمد والمعول عليه لا ما نقله البعض هنا عن الكافى .

(و) له (صَيْدُ عَبْدٍ) صاده بعد غصبه (و) صيد (جَارِحٍ) من كلب أو طير ، وللغاصب أجرة عمله وله ترك الصيد وأخذ أجرتهما من الغاصب .

* (بخِلَافِ آلَةٍ ؛ كَشَبَكَةٍ) أو شرك غصبهما واصطاد بهما ، فليس له أخذ الصيد. وإذا لم يكن الصيد ، (فالكراء) : أى أجرة الآلة يأخذها من الغاصب .

(كأَرْضٍ بُنِيَتْ) : أى كالوغصب أرضاً وبناها أى بنى فيها بناء وسكنها أو أكراها ، فلربها كراؤها على الغاصب براحًا لا مبنية ، فإن لم يسكن ولم يكرها فلا شىء لربها إذ مجرد البناء لا يوجب كراء .

قوله : [ثم يرجع المبتاع] : أى حيث اختار المغصوب منه أخذ الولد .

قوله : [نقله المحشى] : مراده به (ر) كما هو نص (بن) .

قوله : [لا ما نقله البعض] : مراده به (عب) .

قوله : [وللغاصب أجرة عمله] : ظاهر بالنسة للكلب والطير وأما بالنسبة للعبد فلا يظهر أن له أجرة .

قوله : [بخلاف آلة كشبكة] : الفرق بين غصب آلة الصيد وغصب العبد والجارح : أنه لما كان العبد والجارح يباشر الصيد بنفسه كان المصيد لربه ، وأما الآلة من شبكة وشرك فلما كان المباشر للصيد بها الغاصب جعل المصيد له .

قوله : [وإذا لم يكن الصيد] : أى له فقد حذف خبر يكن .

قوله : [براحاً لا مبنية] : أى وأما كراء البناء فهو للغاصب . وهذا بالنسبة لما مضى قبل القدرة عليه ، وأما بالنسبة لوقت القيام على الغاصب فتقدم الكلام عليه فى قوله : « وخير ربه إن بنى أو غرس » إلخ .

قوله : [لا يوجب كراء] : أى فلا يعد استعمالا موجباً للأجرة خلافاً للناصر اللقانى .

● تنبيه : يقضى للمغصوب منه بكراء الأرض براحاً إذا بنيت واستعملت سواء كان البناء إنشاء أو ترميما فيشمل الدار الخربة يصلحها الغاصب فيقوم الأصل

* (ومَا أَنْفَقَ) الغاصب على المغصوب ؛ كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقى الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحو ذلك مما لابد للمغصوب منه (فَفِي الغلَّةِ) : أى يكون فى نظير الغلة التى استغلها الغاصب من يد المغصوب ، لأنه وإن ظلم لا يظلم ، فإن تساويا فواضح ، وإن زادت النفقة على الغلة فلا رجوع للغاصب بالزائد . كما أنه إذا كان لاغلة للمغصوب فلا رجوع له بالنفقة لظلمه وإن زادت الغلة على النفقة فلربه الرجوع بزائدها .

* (وله) أى لرب المغصوب (تَضْمِينُهُ) : أى تضمين الغاصب قيمته (إنْ وَجَدَهُ) : أى وجد الغاصب (فى غَيْرِ مَحَلِّهِ) : أى غير محل الغصب ، بأن وجده فى بلد آخر (بغيره) : أى بغير المغصوب . ولا يلزمه الصبر إلى أن

قبل البناء أو الإصلاح بما يؤاجر به لمن يصلحه فيلزم الغاصب والزائد له ، كمركب نَخِرٍ يحتاج لإصلاح غصبه شخص فرمه وأصلحه واستعمله ، فينظر فيما كان يؤاجر به لمن يصلحه فيغرمه الغاصب والزائد له بأن يقال كم تساوى أجرته نخراً لمن يعمره ويستغله ؟ فما قبل لزم الغاصب ، فإذا أخذ المالك المركب قضى له بأخذ مالاعين له قائمة لو انفصل كالقلفطة ، وأما ماله عين قائمة فإن كان مسمراً بها أو هو نفس المسامير خير ربها بين أن يعطيه قيمته منقوصاً وبين أن يأمره بقطعه ، وإن كان غير مسمر – كالصوارى والمجاديف والحبال – خيّر الغاصب بين أخذها وتركها وأخذ قيمتها ، إلا أن يكون بموضع لا غنى ولا يمكن سيرها لمحل أمنه إلا بها فيخير رب المركب بين دفعه قيمته بموضعه كيف كان أو يسلمه للغاصب (اه من الأصل).

قوله : [لأنه وإن ظلم لا يظلم] : أى كما هو مذهب ابن القاسم فى المدونة .

وحاصله : أنه يرجع بالأقل مما أنفق والغلة ، فإن كانت النفقة أقل من الغلة غرم زائد الغلة للمالك ، وإن كانت النفقة أكثر فلا رجوع له بزائد النفقة ، وإن تساويا فلايلزم أحدهما للآخر شيء . قال (بن) : محل كون الغاصب له ما أنفق إذا كان ما أنفقه ليس للمغصوب منه بد ؛ كطعام العبد وكسوته وعلف الدابة والرعى وسقى الأرض إن كان المالك يستأجر له لو كان فى يده ، وأما إن كان يتولاه بنفسه أو بمن عنده من العبيد فلا شيء عليه . كما قاله أصبغ ونقله ابن عرفة عن اللخمى .

يذهب لمحل الغصب ، بخلاف المثلى فإنه يلزمه الصبر لمحله كما تقدم وله أن يكلفه الرجوع معه لمحله ليأخذه بعينه ، هذا إذا لم يجد المغصوب مع الغاصب (أَوْ) وجده (مَعَهُ واحْتَاجَ) المغصوب فى رجوعه لمحله (لِكُلْفَةٍ) وله أخذه بلا أجرة حمل له وخيرته تنفى ضرره .

(وإلاّ) بأن وجده معه ولا كلفة على ربه فى حمله ورجوعه لمحله (أَخَذَهُ) بعينه وليس له أن يلزمه القيمة . بخلاف المثلى فإنه يلزمه الصبر لمحله ولو وجده معه كما تقدم . وجاز أن يأخذ ثمنه بشرط تعجيله كما مر .

* ثم شَبَّهَ فى أخذه وعدم تغريمه قوله :

(كأن هُزِلَتْ جَارِيَةٌ) بفتح الهاء أو ضمها وكسر الزاى : أى حصل لها هزال سمنها ، فلا يفيتها فيأخذها ربها . وليس له تضمين الغاصب القيمة ، بخلاف غير الجارية لأن الجوار لا تراد للسمن بخلاف غيرها .

قوله : [بخلاف المثلى] : أى الذى يلزم فيه المثل وأما المثل المجهول القدر فهو كالمقوم تقبل منه القيمة فى أى محل وجده . والفرق بين المثلى المعلوم القدر وغيره : أن الذى يغرمه فى المثلى هو المثل وربما زاد فى غير بلد الغصب أو فى غيره لأنه لا زيادة فيه .

قوله : [واحتاج المغصوب فى رجوعه لمحله لكلفة] : أى بأن كان عرضاً أو رقيقاً أو حيواناً عليه مكس مثلا فقد جرى على قول ابن القاسم من أن النقل فوت إن احتاج لكبير حمل ، خلافاً لسحنون حيث قال : إنه غير مفوت مطلقاً وليس لربه إلا أخذه .

قوله : [كما تقدم] : أى من أن نقل المثلى فوت مطلقاً .

قوله : [كما مر] : أى لما فى التأخير من فسخ الدين فى الدين .

قوله : [وكسر الزاى] : راجع للفتح والضم .

قوله : [لأن الجوار] : هكذا نسخة المؤلف بغير ياء بعد الراء ، ولعل الياء ساقطة والأصل أو الجوارى لقوله تعالى : (ولَهُ الجوارِ المُنْشآتُ فى البحْرِ كالأعْلاَمِ)[1] فلا فرق بين جارية الخدمة وجارية الماء .

---

(١) سورة الرحمن آية ٢٤ .

(أو خَصَاه) الغاصب : أى خصى العبد المغصوب (فلم ينْقُص) عن قيمته فإنه يأخذه وليس له إلزام الغاصب القيمة ، بخلاف ما لو نقص ؛ فأما أن يأخذه مع أرش نقصه أو يأخذ قيمته .

(أو نَقَصَ سُوقُها) فليس بفوات ويتعين عليه أخذه .

(أو سَافَرَ بِها) : أى بالذات المغصوبة (ورَجَعَتْ) من السفر (بِحَالِها) من غير نقص في ذاتها ، فليس له تضمين القيمة بل يتعين عليه أخذها ؛ لأن مجرد السفر ليس بفوات .

(أو أعَادَ) الغاصب (مَصوغًا) بعد كسره (لِحَالَتِهِ) الأولى فلا ضمان ، وتعين أخذه (أو كَسَرَه) ولم يعده فلا يفوت .

(و) إذا أخذه (ضَمِنَ) الغاصب (النَقْصَ) : أى أرش نقصه ، هذا قول ابن القاسم الأول ، ثم رجع عنه وقال : إنه مفوت فله تغريمه القيمة ومشى عليه الشيخ ورجح الأول .

(و) إن أعاده (لِغَيْرِ حَالَتِهِ) الأولى : (فالقِيمَة) لفواته حينئذ .

(كَتَغَيُّرِ ذَاتِهِ) عند الغاصب فإنه مفيت ، بخلاف تغير السوق كما مرّ (ولو قَلَّ) التغير (وإنْ بِسَمَاوِيّ) ككسر نهد الجارية أو هزال دابة فأعلى (و) حينئذ (له أَخْذه وأَرْش نَقْصِهِ) وتركه وأخذ القيمة يوم الغصب .

• (لا) يضمن الغاصب (إنْ) غصب طعامًا أو شرابًا و (أَكَلَه رَبُّه)

قوله : [فلم ينقص] : أى بل بقي على ما هو عليه أو زاد ثمنه خلافاً لابن رشد حيث جعل الزيادة مثل النقص فيخير ربه كما قال الشارح .

قوله : [أو أعاد الغاصب مصوغاً] إلخ : حاصله أن المصوغ إذا كسره الغاصب وأعاده لحالته فلا يفوت على ربه اتفاقاً ، فإن قصره وأعاده على غير حالته الأولى فات اتفاقاً . وأما إن قصره ولم يعده أصلا فهل يفوت على ربه أو لا يفوت ؟ قولان لابن القاسم ، فالفوات : هو ما رجع إليه ، وعدم الفوات هو ما رجع عنه ، ولكنه هو المعتمد .

قوله : [وأكله ربه] : أى قبل أن يفوت عند الغاصب بطبخ مثلا ، وإلا فمجرد

أو شربه (مُطْلَقًا) ضيافة أولا بإذن الغاصب أولا .

● (ومَلَكَه) الغـاصب أى ملك المغصوب (إن اشتَرَاه) من ربه (أو وَرِثَه) عنه (أو غَرِمَ) له (قيمَتَه لتَلَفٍ) أو ضياع ثم وجده (أو نَقْص) فى ذاته . والمراد : إن حكم عليه بالغرم ولو لم يغرم بالفعل .

(والقَوْل لَه) أى للغاصب لأنه غارم (فِي) دعوى تلفه ونَعْتِهِ

الفوات موجب للضمان على الغاصب ، ولو أكله ربه ضيافة ؛ فإن أكله ربه بعد الفوات بغير إذن الغاصب ضمن كل منهما للآخر القيمة ، فالغاصب يضمن قيمته وقت الاستيلاء عليه ، وربه يضمن قيمته للغاصب وقت الأكل .

قوله : [بإذن الغاصب أولا] : فمتى أكله قبل الفوات لا ضمان على الغاصب ، ولو أكرهه الغاصب على أكله فلا مفهوم لقول خليل ضيافة لأنه باشر إتلافه والمباشر مقدم على المتسبب فى الضمان إذا ضعف السبب ، وما ذكره المصنف من عدم ضمان الغاصب إذا أكله ربه مقيد بما إذا كان الطعام مناسباً لحال مالكه ، كما لو هيأه للأكل لا للبيع وإلا ضمنه الغاصب لربه ويسقط عن الغاصب من قيمته قيمة ما شأنه أكله ، كما إذا كان الطعام يساوى عشرة دراهم ويكفى مالكه من الطعام اللائق به ما يساوى نصف درهم ، فإن الغاصب يغرم له تسعة دراهم ونصفاً ، قال فى الحاشية : وينبغى أن يكون هذا القيد إذا أكله مكرهاً أوغير عالم ، أما إن أكله طائعاً عالماً بأنه ملكه فلا ضمان على الغاصب .

قوله : [وملكه الغاصب] إلخ : أى ولو غاب المغصوب ببلد آخر إذ لا يشترط حضوره بالبلد. وهذا صريح فى ضعف القول بأنه يشترط فى صحة بيع المغصوب لغاصبه رده لربه وهو أحد شقى التردد فى قول خليل أول باب البيوع . وهل إن رده لربه مدة ؟ تردد . وقال أشهب : لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائباً لأن ذات المغصوب فاتت بالغيبة عليها وصار الواجب على الغاصب إنما هو القيمة لا ذات المغصوب .

قوله : [ونعته] : أى فإذا غصب جارية وادعى هلاكها واختلف فى صفاتها من كونها بيضاء أو سوداء فالقول قول الغاصب بيمينه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول لسيدها إن انفرد بالشبه ، فإن تجاهلا الصفة فإن المغصوب يقدر من أدنى الجنس ،

وقَدْرِهِ وجِنْسِهِ بيمينه) إذا خالفه ربه (إنْ أشْبَهَ)في دعواه، أشبه ربه أم لا .

(وإلاَّ) يشبه (فَلِرَبِّه) القول (به) أي بيمينه .

(فإن ظَهَرَ كذبه) : أي كذب الغاصب في دعواه ماذكر (فلربِّهِ الرُّجُوع) عليه بما أخفاه .

* (والمُشْتَرِي مِنْهُ) : أي من الغاصب (وَوَارِثُه ومَوْهُوبُه) : أي الغاصب (إنْ عَلِمُوا) بالغصب (كَهُوَ) : أي كالغاصب ، يجرى فيهم

ويغرم الغاصب قيمته على ذلك يوم الغصب ، وإذا تجاهلا القدر أمرهما الحاكم بالصلح ، فإن لم يصطلحا تركا حتّى يصطلحا .

قوله : [وقدره] : أي من كيل أو وزن أو عدد ، قال التتائي ربما يدخل في تخالفهما في القدر مسألتان .

الأولى : غاصب صرة ثم يلقيها في البحر مثلاً ولا يدرى ما فيها ؛ فالقول قول الغاصب بيمينه عند مالك ، ابن ناجي وعليه الفتوى لإمكان معرفة ما فيه بعلم سابق أو بجسها ، وقال مطرّف وابن كنانة وأشهب : القول لربها إن ادعى ما يشبه وكان مثله يملكه لأنه يدعي تحقيقاً والآخر يدعي تخميناً ، وهذا ما لم يغب الغاصب عليها قبل ذلك وإلا فالقول قوله بيمينه من غير خلاف .

والمسألة الثانية : قول عبد الملك في قوم أغاروا على منزل رجل والناس ينظرون ، فنهبوا ما فيه وشهدت الناس بالإغارة والنّهب لا بأعيان المغصوب فلا يعطى المنّهب منه بيمينه وإن ادعى ما يشبه إلا ببينة ، وقال ابن القاسم : القول قول المغار عليه مع يمينه إن أشبه وكان مثله يملك ذلك .

قوله : [فلربه القول] : الأوضح تقديم المبتدأ على الخبر . وكلامه صادق بصورتين : أن يشبه المغصوب منه ، أو لا يشبه واحداً منهما .

قوله : [فلربه الرجوع عليه] : أي فإن كذب في الصفة أو القدر رجع عليه بزائد ما أخفاه والبيع صحيح وإن كذب في دعوى التلف أو الضياع نقض البيع من أصله ورجع في عين شيئه .

قوله : [إن علموا بالغصب] : قال (عب) : المعتبر علم المشتري من الغاصب وعلم الناس في موهوب الغاصب كما لأبي عمران ، وذكره التتائي ، فيتبع وإن كان

ما جرى فى الغاصب من ضمان المثلى بمثله والمقوم بقيمته : ويضمنوا الغلة والسماوى ، لأنهم غُصّاب بعلمهم الغصب ويتبع ربه أيهما شاء .

(وإلاّ) يعلموا (فالغَلَّةُ للمُشْتَرِى) : لأنه صاحب شبهة لعدم العلم. والغلة لذى الشبه للحكم به لربه كما يأتى ؛ ولا يرجع ربه بها على الغاصب لأنه لم يستعمل.

* (ولا يَضْمَنَ السَّماوِيَّ) : أى لا يكون غريماً ثانياً للمالك بحيث يتبع أيهما شاء ، بل الضمان فيه على الغاصب ، أى ضمان قيمته يوم الغصب . وإن كان المشترى يضمن لبائعه الغاصب الثمن الذى اشتراه به .

(بخِلافِ غَيْرِهِ) : أى غير السماوى بأن جنى عليه عمداً أو خطأ فإنه يضمن اتفاقاً فى العمد ، وعلى أحد التأويلين فى الخطأ . والثانى : أنه لا ضمان

خلاف ظاهر قول المصنف؛ فإن ظاهره علم الموهوب له لا علم الناس، والفرق بين المشترى والموهوب له أن المشترى له شبهة بالمعاوضة فقوى جانبه .

قوله : [ويضمنوا الغلة] : منصوب بحذف النون عطف على «ضمان» من قوله : « من ضمان المثلى»، من باب عطف الفعل على اسم خالص فينصب الفعل بأن مضمرة جوازاً على حد قول الشاعر :

ولبس عباءة وتقرّ عينى أحب إلىّ من لبس الشفوف

قوله : [لذى الشبه]: هكذا نسخة المؤلف بالجمع ، والمناسب الشبهة بالإفراد .

قوله : [لأنه لم يستعمل] : أى والغاصب لا يضمن الغلة إلا إذا حصلت له بتحريك أو بغير تحريك .

قوله : [ولا يضمن السماوى] : أى إذا كان مما يغاب عليه وثبت التلف ببينة أو كان مما لا يغاب عليه ولم يظهر كذبه ، وأما إذا لم يثبت التلف ببينة فى الأول ، أو ظهر كذبه فى الثانى فإنه يغرم القيمة لآخر رؤية .

قوله : [وإن كان المشترى يضمن لبائعه الغاصب الثمن] : إنما كان يضمن الثمن للبائع لأن المشترى فاسداً يضمن بالقبض .

قوله : [أى غير السماوى] : ويحتمل عود الضمير على المشترى كما سيأتى . .

قوله : [فإنه يضمن] : أى المشترى لغير العالم .

قوله : [وعلى أحد التأويلين فى الخطأ] : إنما قيل بضمانه فى الخطأ لأن العمد

عليه فيه كالسماوى .

(لَكِنْ) عند عدم العلم إذا غرم فى غير السماوى (يَبْدَأُ بالغَاصِبِ) عند وجوده موسراً أو تركته إن مات . (فإنْ تَعَذَّرَ) الرجوع على الغاصب (فالمَوْهُوب) له الغير العالم بالغصب ، يرجع عليه بمثل المثلى وقيمة المقوم وتعتبر القيمة يوم الجناية وأما الغاصب فيوم الغصب كما تقدم .

• (ولا رجُوعَ لغَارِم) من غاصب أو موهوب (علَى غَيْرِهِ) ممن لم يغرم منهما . فإذا غرم الغاصب فلا رجوع له على الموهوب ، وإذا غرم الموهوب عند تعذر الغاصب فلا رجوع له على الغاصب . وأما المشترى فللمالك أن يرجع عليه ولو غير عالم بالغصب عند وجود الغاصب موسراً مقدوراً عليه ، فإن اتبعه رجع على الغاصب بالثمن الذى كان دفعه له ، ثم إذا غرم المشترى للمالك الثمن أو القيمة يوم جنايته — وكان ذلك أقل من قيمته يوم غصبه — رجع بالزائد على الغاصب إن تيسر وإلا ضاع عليه . وأما وارث الغاصب فلا يتأتى فيه تبدئة بالغاصب ، إذ لا غاصب مع الوارث . فعلم أن قوله : « لكن يبدأ بالغاصب » خاص بمسألة الموهوب دون المشترى والوارث ، كأنه قال : بخلاف غير السماوى

والخطأ فى أموال الناس سواء .

قوله : [لكن عند عدم العلم] : أى علم الموهوب له بدليل تفريعه عليه وسيأتى إيضاحه فى الشرح .

وقوله : [فى غير السماوى] : أى العمد والخطأ على التأويلين .

قوله : [أو تركته] : معطوف على « وجوده » ، والمعنى : يبدأ بالأخذ من الغاصب إن كان حياً موسراً أو تركته إن كان ميتاً موسراً .

قوله : [أو موهوب] : أى إذا غرم فى حال تعذر الرجوع على الغاصب .

قوله : [وأما المشترى] إلخ : هذا مفهوم قوله : « لكن يبدأ بالغاصب » إلخ ، فإن موضوعه فى الموهوب له والمعنى : أن المشترى من الغاصب إذا جنى على الشىء المغصوب عمداً أو خطأ فللمالك أن يرجع ؛ عليه إلى آخر ما قال الشارح .

قوله : [رجع] : أى المالك .

قوله : [فعلم أن قوله لكن يبدأ] إلخ : هذا الحاصل لما تقدم .

فإنه يضمنه كل من المشترى من الغاصب أو من وارثه أو موهوبه ، إلا أن الغاصب يقدم على الموهوب فى الضمان بخلاف المشترى منه فإنه يخير فى الرجوع عليه أو على الغاصب . ولا يتأتى فى وارثه تبدئة بغاصب لموته ولا فى تركته ، لأن الفرض أن الوارث استولى عليها ومنها المغصوب . ويحتمل أن ضمير « غيره » فى قوله : « خلاف غيره » يعود على المشترى : أى فالغلة للمشترى ؛ بخلاف غير المشترى من وارث وموهوب فإنه لا غلة له عند عدم العلم بالغصب . أما الوارث فقال فى المدونة : لو مات الغاصب وترك هذه الأشياء ميراثاً فاستغلها ولده كانت هذه الأشياء وغلتها للمستحق . وقال فى التوضيح : لا غلة للوارث عند عدم العلم اتفاقاً (اهـ) . وسواء انتفع لنفسه أو أكرى لغيره . وأما موهوب الغاصب فلا غلة له إذا تعذر الرجوع بها على الغاصب فإنه يرجع عليه بها وإذا رجع عليه بها فلا رجوع له بها على الغاصب . وأما لو تيسر الرجوع بها على الغاصب أخذت منه ولا رجوع له بها على الموهوب . وهذا معنى قوله : « لكن يبدأ بالغاصب » إلخ ؛ فقولنا : « بخلاف غيره » إلخ من الكلام الموجه .

وحاصل المسألة : أن المشترى من الغاصب و وارثه وموهوبه ؛ إن علموا بالغصب فغُصّاب يجرى فيهم جميع ما جرى فيه حتى قوله : « والقول له فى تلفه » إلخ .

قوله : [ويحتمل أن ضمير غيره] إلخ : هذا هو الأحسن ، فكان الأولى الاقتصار عليه فى الحل مع الحاصل الآتى ويترك جميع ما تقدم فإن ما تقدم فيه تعقيد وتكرار لا يخفى .

قوله : [فلا غلة له] إلخ : الأوضح فى العبارة أن يقول : وأما موهوب الغاصب فلا يفوز بالغلة إذا تعذر الرجوع بها على الغاصب ، إلى آخر ما قال .

قوله : [ولا رجوع له بها على الموهوب] : أى ففى هذه الحالة يفوز الموهوب له بالغلة .

قوله : [من الكلام الموجه] : أى المحتمل لمعنيين على حد سواء على حد قول الشاعر :

خاط لى عمرو قبــاء ليت عينيه ســواء

والحال أن عمراً كان أعور لكن قد علمت أن الأولى فى الاحتمالين الثانى .

قوله : [ووارثه وموهوبه] : بالنصب عطف على المشترى .

ويضمنوا السماوى وغيره . وإن لم يعلموا فلا يضمنوا السماوى وضمنوا غيره يوم الجناية ، هذا بالنسبة للمغصوب . وإذا قلنا بضمانهم فنى المشترى يخير المستحق بين الرجوع على الغاصب أو عليه ، كما لو علم بالغصب . فإن رجع على المشترى رجع المشترى على الغاصب على ما تقدم . وفى الموهوب يقدم الرجوع على الغاصب، ولا يرجع على الموهوب إلا إذا تعذر الرجوع على الغاصب . وفى الوارث لا يعقل تقديم الغاصب . وأما بالنسبة للغلة فالمشترى غير العالم يختص بها فلا رجوع للمالك بها عليه ولا على الغاصب كما تقدم . وأما الوارث فليس له غلة . وأما الموهوب فلا غلة له إن تعذر الرجوع بها على الغاصب ، وإلا أخذت من الغاصب ومن غرمها منهما فلا رجوع له على الآخر . واعلم أن محل الرجوع بالغلة على غاصب أو موهوب أو وارث حيث كانت السلعة قائمة ، فإن ربها إذا أخذها فله أخذ غلتها معها . وأما إن فاتت وأراد بها تضمين من ذكر قيمتها فلا غلة

قوله : [ويضمنوا السماوى] : معطوف على مدخول حتى فهو منصوب بأن مضمرة لعطفه على الاسم الخالص .

قوله : [فلا يضمنوا السماوى] : الجملة فى محل جزم جواب الشرط وحذفت النون تخفيفاً .

قوله : [فإن رجع على المشترى] : أى بالقيمة أو الثمن .

قوله : [على ما تقدم] : أى فى قوله فإن اتبعه رجع على الغاصب بالثمن الذى كان دفعه له .

قوله : [وأما بالنسبة للغلة] : مقابل قوله هنا بالنسبة للمغصوب .

قوله : [فلا رجوع للمالك بها عليه] : أى لأنه ذو شبهة .

وقوله : [ولا على الغاصب] : أى لكونه لم يباشر الأخذ .

قوله : [فليس له غلة] : أى لقيامه مقام الغاصب من كل وجه .

قوله : [فلا رجوع له على الآخر] : أى كما تقدم ، والفرق بين غلة المشترى من الغاصب غير العالم وغلة الموهوب الغير العالم: أن الموهوب خرج من يد الغاصب بغير عوض، فكأنه لم يخرج من يده فضعفت شبهة الموهوب له .

قوله : [واعلم] إلخ: دخول على قوله ولا يجمع بين قيمة وغلة .

لربها بل للغاصب أو وارثه أو موهوبه .

(ولا يَجْمَع) المالك (بَيْنَ) أخذ (قيمَة وغَلّة) : بل إما أن يأخذ القيمة ولا غلة له - وليس له أخذ القيمة إلا إذا فاتت - وإما أن يأخذها مع غلتها إن استغلت لغير مشتر بلا علم ، ولا يعوّل على قول من قال: يجمع بينهما .

هذا حكم الغاصب وهو من استولى على ذات شيء تعديا بنية تملكها بلا مقابلة ومثله السارق والمحارب فى الضمان المذكور .

● وأما المتعدى فله أحكام تخصه.

● (والمُتَعَدِّى غَاصِب المَنْفَعَة) لاالذات (أوْ الجانى على بَعْض): أى جزء الذات ، كأن يجنى على يدها أو رجلها أو عينها (أوْ) على (كُل بلا نِيَّة تَمَلُّك) لذاتها ؛ كأن يحرقها أو يقتلها أو يكسرها أو يحبسها، ومنه تعدى المكترى أو المستعير المسافة بلا إذن ، وذهابه فى طريق غير المأذون فيها .

قال ابن عرفة : التعدى هو التصرف فى شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه .

قوله : [ولا يجمع المالك بين أخذ قيمة وغلة] : أى على قول ابن القاسم فى المدونة .

قوله : [وليس له أخذ القيمة إلا إذا فاتت] : فإن كان فواتها بيد الغاصب تعينت القيمة عليه لا غير ، ولا يلزم موهوبه ولا المشترى منه شيء ولو كانا عالمين ، وإن فاتت بيد غيره جرت على ما تقدم فتأمل .

قوله : [هذا حكم الغاصب] : اسم الإشارة عائد على ما تقدم من أول الباب إلى هنا .

قوله : [وأما المتعدى] : عقبه بالغصب لما بينهما من المناسبة من جهة أن فى كل تصرفاً فى الشيء بغير إذن ربه والمناسب أن يقول شرع فيها فقال :

قوله : [أو على كل بلا نية تملك] : أى فحقيقة التعدى ألا يكون معه تملك سواء جنى على الكل أو البعض .

قوله : [أو المستعير المسافة] : أى المشترطة ، وإنما كان تعدى المسافة تعدياً على الدابة لأن المقصود بالتعدى الركوب والاستعمال الذى هو المنفعة والذات تابعة لا مقصودة بالتعدى .

• (ولاَ يَضْمَنَ) المتعدى (السَّماوِىَّ) بخلاف الغاصب (بل) يضمن (غَلَّةَ المَنْفَعَةِ) التى أفاتها على ربه (وَلَوْ لَمْ يَسْتَعْمِلْ) : فأولى إن استعمل ؛ بأن ركب أو سكن أو نحو ذلك ، بخلاف الغاصب فإنه إنما يضمن غلة ما استعمل بالفعل .

• (إلا الحُرَّ) إذا تعدى عليه ، فلا يضمن غلته إلا إذا استعمله ، لا إن حبسه حتى فاته عمل من تجارة أو خدمة أو صنعة فلا شىء فيه .

(و) إلا (البُضْعَ) إذا تعدى عليه (فَبِهِ) : أى فبالاستعمال بالفعل يضمن فى وطء الحرة مهر مثلها وفى الأمة ما نقصها الوطء لا إن لم يطأ وحبسها عن عمل أو تزويج بها أو حملها من زوجها أو سيدها فلا شىء عليه (كالغَصْبِ) : لا يضمن فيه غلة إلا إذا استعمل .

• (وإنْ تَعَدَّى المسَافَةَ) المأذونة (مُسْتَعِيرٌ أو مُسْتَأْجِرٌ) لدابة (بِيَسِير ، فالكِرَاء) عليه لذلك الزائد ولا خيار لربها (إنْ سَلِمَتْ) .

قوله : [بخلاف الغاصب] إلخ : اعلم أن التعدى والغصب يفترقان فى أمور : منها : أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب لربه أخذ قيمة المغصوب إن شاء والفساد اليسير من المتعدى ليس لربه إلا أخذ أرش النقص الحاصل به ، ومنها : أن المتعدى لا يضمن السماوى والغاصب يضمنه ، ومنها : أنَّ المتعدى يضمن غلة ما استعمل وما عطل .بخلاف الغاصب فإنما يضمن غلة ما استعمل كما مر ، واستظهر فى الحاشية أن وثيقة الأرياف أقرب للتعدى من الغصب لأنهم لا يقصدون التملك المطلق ، لكن المأخوذ من المجموع أنه ليس من التعدى على المنفعة التى لا تضمن فيه الذات بالسماوى ، بل تضمن ولا غلة إلا بالاستيفاء ، ومحل قولهم : التعدى يوجب ضمان الغلة ، وإن لم يستوف إذا كان التعدى على خصوص المنفعة ، نعم التعييب اليسير فيه الأرش لا القيمة كما فى الغصب فلينظر (اهـ) .

قوله : [فلا شىء فيه] : أى على المعتمد .

• تنبيه : من باع حراً وتعذر رجوعه لزمته ديته لأهله دية عمد ، وسواء تحقق موته أم لا قال (ح) : ويضرب ألف سوط ويحبس سنة فإن رجع الحر رجعت لبائعه الدية .

وإلاَّ) تسلم بأن عطبت أو تعدى بكثير مطلقاً (خُيِّرَ فِيهِ) : أى فى أخذ كراء الزائد . . (وفى) أخذ (قِيمَتِهِ) : أى الشيء المستعار أو المستأجر (وَقْتَهُ) : أى وقت تعدى المسافة ؛ فالكراء فى صورة واحدة ، والتخيير فى ثلاثة إذا تعدى فى المسافة .

وشبهَ فى الخيار صورة واحدة ؛ إذا تعدى بزيادة الحمل بقوله :

(كَزِيَادَةِ حِمْلٍ تَعْطَبُ بِهِ) أى الشأن العطب به (وَعَطِبَتْ) بالفعل ؛ فيخير بين أخذ كراء الزائد وقيمتها وقته . (وإلاَّ) بأن سلمت أو زاد عليها مالا تعطب به عطبت أم لا (فالكِرَاء) : أى كراء الزائد فى الثلاثة .

* ثم بين أن المتعدى يضمن قيمة السلعة فى الفساد الكثير — إن شاء مالكها — دون اليسير فإنه يضمن نقصها فقط بقوله :

(وإنْ أفَاتَ) المتعدى بتعديه (المَقْصُودَ) من الشيء الذى تعدى عليه عمداً أو خطأ (كَقَطْعِ ذنَبِ دَابَّةِ ذى هَيْبَة) : أى حشمة ووقار كأمير

قوله : [فالكراء فى صورة واحدة] : هى ما إذا كانت الزيادة يسيرة وسلمت ، ولا فرق بين التعدى فى العارية والاستئجار ، لكن فى العارية كراء الزائد فقط ، وفى الإجارة كراء الزائد مع الأصل .

قوله : [والتخيير فى ثلاثة] : هى ما إذا عطبت فى اليسير أو زاد كثيراً عطبت أم لا ، وقد ترك صورتين تقدم التنبيه عليهما ، وهما : إذا تعيبت فى التعدى اليسير أو الكثير ، وتقدم أن له الأكثر من كراء الزائد وأرش العيب .

قوله : [كزيادة حمل تعطب] : هذا التفصيل الذى ذكره الشارح طريقة لابن يونس ، وأما طريقة ابن عبد الحق فالتسوية بينهما بجعل زيادة الحمل كزيادة المسافة ومشى عليه فى الأصل والمعول عليه ما هنا .

قوله : [فى الثلاثة] : هى سلامتها فيما إذا زاد ما تعطب به أو زاد ما لا تعطب به عطبت أم لا ، ويدخل تحت قوله : « أم لا » صورة أخرى وهى التعييب ؛ فتكون الصور أربعاً كما تقدم له تفصيل ذلك فى العارية ، وسكت عن صورة سادسة : وهى ما إذا زاد ماتعطب به وتعيبت ، وتقدم له أن الأكثر من كراء الزائد وأرش العيب .

وقاض . « ودابة » مضاف لذى مروءة والمراد : أن تكون لذى الهيئات ، وإن لم يكن ربها فى ذلك الوقت ذاهيئة ، فقطع ذنبها مفيت للمقصود منها ؛ إذ بعد قطعه لا يركبها ذو هيئة : بخلاف ، قطع ذنب غيرها مما لا يركبها ذو هيئة أو مما لا تركب كبقرة أو قطع بعضه أو نتف شعره فإنه لا يفيت المقصود ، فيكون من اليسير الذى فيه أرش النقص (أو) قطع (أُذُنِها) .

(أو) قطع (طَيْلَسَانِهِ) مثلث اللام : ما يلقى على الرأس والكتف .

(و) قطع (لَبَنِ شَاةٍ وبَقَرٍ هو المقصود) منها كما هو شأن بقر مصر فإن المَقْصُودَ منها اللبن .

(وَقَلْعُ عَيْنَيْ عَبْدٍ أو يَدَيْهِ) معا (أو رِجْلِهِ): فإنه يفيت المقصود فيثبت لربه الخيار .

(فَلَهُ أَخْذُهُ ونَقْصُهُ) : يصح رفعه على تقدير المضاف : أى وأخذ أرش نقصه ، ونصبه على أنه مفعول معه : أى مع أخذ أرش نقصه .

قوله : [مما لا يركبها ذو هيئة] : أى ولو كانت عند ذى هيئة فالعبرة بذات الدابة .

قوله : [أو قطع بعضه] : أى بحيث لا يزول جمالها به وإلا فهو كقطع الكل .

قوله : [أو قطع أذنها] : أى أذن دابة ذى هيئة .

قوله : [كما هو شأن بقر مصر] : أى الذى يقتنى لخصوص اللبن وإن أريد منه شىء آخر كان حاصلا غير مقصود .

قوله : [وقلع عينى عبد] : ضمن القلع معنى الإزالة فعطف ما بعده على معموله نظير :

* علفتها تبنًا وماء باردًا *

قوله : [على تقدير المضاف] : مراده بالمضاف الجنس لأن المحذوف مضافان قدرهما الشارح وهما أخذ وأرش ، وأصل الكلام : فله أخذه وأخذ أرش نقصه ؛ حذف المضاف الأول وأقيم المضاف الثانى مقامه ثم حذف المضاف الثانى ، وأقيم المضاف إليه مقامه فارتفع ارتفاعه ــ تأمل .

قوله : [على أنه مفعول معه] : أى وعلى كل حال لابد من تقدير المضاف

(أَوْ قِيمَتُهُ) بالرفع : أى أخذ قيمته ، ويصح الجر بالعطف على الضمير المضاف إليه على قلة : أى يخير بين أخذه مع أرش نقصه وتركه للمتعدى وأخذ قيمته يوم التعدى .

(وَإِنْ لَمْ يُفِتْهُ) : أى المقصود منه (فَنَقْصُهُ) فقط : أى يتعين أخذ ما ينقصه وليس له تركه للمتعدى وأخذ قيمته .

(كَيَدِ عَبْدٍ أو عَيْنِهِ) : وأولى أصبع أو عرج ونحو ذلك .

(وَرَفَا) المتعدى (الثَّوْبَ مُطْلَقًا) فى العمد والخطأ ، أفات المقصود منه حيث أراد ربه أخذه ونقصه أم لم يفته ، ثم ينظر إلى أرش النقص بعد رفوه .

الذى هو أرش .

قوله : [أو قيمته بالرفع] : أى بالعطف على أخذه .

قوله : [على قلة] : أى لقول ابن مالك :

وعود خافض لدى عطف على ... ضمير خفض لازماً قد جعلا

وليس عندى لازماً إذ قد أتى ... فى النظم والنثر الصحيح مثبتاً

كقوله تعالى : (واتقوا اللهَ الَّذِى تَسَاءلونَ بِهِ وَالأَرْحَامِ)[1] فى قراءة الجر ، وقول بعض العرب : ما فيها غيره وفرسه بجر فرس عطفاً على الضمير المخفوض بغير ، وقول الشاعر :

فاليوم قد جئت تهجونا وتشتمنا ... فاذهب فما بك والأيام من عجب

بجر الأيام عطفاً على الكاف المجرورة بالباء .

قوله : [وليس له تركه للمتعدى] : أى جبراً ، وأما بتراضيهما فجائز .

قوله : [أم لم يفته] : ما ذكره من رفو الثوب مطلقاً هو قول عبد الحق ، واعترضه ابن يونس بأنه خلاف ظاهر كلامهم ؛ إذ ظاهر كلامهم يقتضى أن الجناية إذا كانت يسيرة لا يلزم الجانى رفو بل أرش النقص فقط .

قوله : [ثم ينظر إلى أرش النقص بعد رفوه] : أى فيأخذه ربه مع أخذه الثوب .

والحاصل : أن من تعدى على ثوب شخص فأفسده فساداً كبيراً أو يسيراً وأراد ربه أخذه مع أرش النقص فإنه يلزمه أن يرفوه ولو زاد على قيمته ، ثم يأخذه صاحبه بعد الرفو ويأخذ أرش النقص إن حصل نقص بعده . هذا ما قاله الشارح

---

(١) سورة النساء آية ١ .

(وعَلَيْهِ) : أي الجاني على الحر والعبد خطأ — وليس فيه مال مقرر شرعاً — أو عمداً لاقصاص فيه ولا مال (أجْرَةُ الطَّبِيبِ) : وهذا أحد قولين ، والثاني : لا يلزمه أجرته .

وأما ما فيه مقرر شرعاً كالجائفة فلا يلزمه أجرة .

ولما كان الاستحقاق من آثار الغصب ذكره بعده بقوله :

تبعاً لابن عبد الحق، وهو خلاف ما تقدم عن ابن يونس من أن الرفو خاص بالكثير .

قوله : [لا قصاص فيه ولا مال] : أي إما لإتلافه أو لعدم المساواة أو المماثلة في العضو .

قوله : [أجرة الطبيب] : أي وقيمة الدواء، ثم إن برئ على غير شين فلايلزمه شيء إلا الأدب في العمد وإن برئ على شين غرم النقص وهذا القول هو الراجح.

قوله : [والثاني لا يلزمه أجرته] : أي ولا قيمة الدواء ثم ينظر بعد البرء فإن برئ على شين غرم النقص، وإن برئ على غير شين فلا شيء عليه غير الأدب في العمد .

قوله : [فلا يلزمه أجرة] : أي اتفاقاً ، فإن كان فيه القصاص فإنما يلزمه القصاص ولا يلزمه شيء زائد على ذلك . .

فصل فى الاستحقاق

• وهو رَفْعُ مِلك شىء بثبوت ملك قبله أو حرية .

• وحكمه : الوجوب إن توافرت أسبابه فى الحر أو غيره إن ترتب على عدم القيام به مفسدة ؛ كالوطء الحرام ، وإلا جاز .

وسببه : قيام البينة على عين الشىء المستحق : أنه مِلك للمدعى لا يعلمون خروجه ولاخروج شىء منه عن ملكه إلى الآن . ويمنعه : عدم قيام المدعى بلا

فصل :

هو لغة إضافة الشىء لمن يصلح له، وله فيه حق؛ كاستحقاق هذا من الوقف مثلا بوصف الفقر أو العلم .

قوله : [بثبوت ملك] : أخرج به رفع الملك بالعتق حالا .

وقوله : [قبله] : أخرج به رفع الملك بثبوت ملك بعده كما فى الهبة والصدقة والبيع والإرث .

قوله : [أو حرية] : أى أو رفع ملك بحرية فحرية عطف على ملك من قوله بثبوت ملك إلخ ، وزاد ابن عرفة فى التعريف بغير عوض قال الخرشى وقوله بغير عوض أخرج به ما وجد فى المغانم بعد بيعه أو قسمه فإنه لا يؤخذ إلا بثمنه فلولا زيادة هذا القيد لكان الحد غير مطرد .

قوله : [وحكمه الوجوب] : أى كما قال ابن عرفه .

قوله : [إن توافرت أسبابه] : مراده بالأسباب الجنس الصادق بواحد بدليل قوله فيما سيأتى وسببه قيام البينة .

قوله : [وسببه قيام البينة]: أى وأما شروطه فثلاثة : الأول : الشهادة على عينه إن أمكن وإلا فحيازته ، والثانى :الإعذار فى ذلك للحائز ،فإذا ادعى مدفعاً أجله فيه بحسب ما يراه ، والثالث : يمين الاستبراء .

قوله : [ويمنعه عدم قيام المدعى] : إلخ أى أحد أمرين سكوت أو فعل؛

عذر مدة أمد الحيازة أو اشتراؤه من حائزه من غير بينة يشهدها سرًّا: قبل الشراء : بأني إنما قصدت شراءه ظاهراً خوف أن يفيته عليّ بوجه لو ادعيت به عليه .

● وبدأ بمسألة الزرع لكثرة وقوعها والتفصيل فيها فقال :

(إنْ زَرَعَ مُتَعَدٍّ) بغصب الأرض أو منفعتها (الأرْضَ) التي استولى عليها (فَقُدِرَ عَلَيْهِ): بعد أن زرع (فإنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بالزَّرْعِ) بأن لم يبلغ حد الانتفاع به — سواء برز على الأرض أم لم يبرز — (أُخِذَ بِلاَشَيء) في مقابلة البذر والعمل ، وإن شاء أمره بقلعه .

(وإلاّ) بأن بلغ حد الانتفاع به ولو لرعي (فَلَهُ) : أي للمستحق (قَلْعُهُ) : أي أمر ربه بقلعه وتسوية أرضه، فالخيار للمستحق (إنْ لَمْ يَفُتْ وَقْتُ ما تُرَادُ) الأرض (لَهُ) مما شأنه أن يزرع فيها غالبًا ، لا خصوص الزرع الذي زرعه المتعدي خاصة .

وقيل : إبّان ما زرعه خاصة .

(وَلَهُ) أي للمستحق (أَخْذُهُ) : الزرع (بقيمَتِهِ مَقْلُوعًا) بعد إسقاط كلفة لم يتولها الغاصب . فحاصله : أنه إذا لم يفت وقت الإبان فالخيار

فالسكوت أشار له الشارح بقوله : عدم قيام المدعي ، والفعل أشار له بقوله : أو اشتراه من حائزه إلخ .

قوله : [وإن شاء أمره بقلعه] : أي فالخيار له لا للزارع ، ولا يجوز أن يتفقا على إبقائه في الأرض بكراء ؛ لأنه يؤدي لبيع الزرع قبل بدوّ صلاحه .

قوله : [فالخيار للمستحق] : حقه التأخير بعد قوله وله أخذه بقيمته مقلوعاً إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له أي وقت زرع تراد الأرض له ، وهذا شرط في قوله أخذ بلا شيء ، وفي قوله فله قلعه .

قوله : [الذي زرعه المتعدي خاصة] : أي كقمح مثلا .

قوله : [بقيمته مقلوعاً] : قال (عب) : وكما له أخذه بقيمته له إبقاؤه لزارعه وأخذ كراء السنة منه في الفرض المذكور وهو بلوغ الزرع حد الانتفاع به ، ولم يفت وقت ما تراد له الأرض دون القسم الأول، وهو ما إذا لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به فليس له إبقاؤه وأخذ كرائها منه ، والفرق أن في الأول بيع

للمستحق ؛ إما أن يأمره بقلعه أو يدفع له قيمته مقلوعًا على ظاهر المدونة واختاره اللخمى .

(وإلاّ) بأن فات وقت ما تراد له (فَكِرَاءُ سَنَةٍ) يلزم المعتدى ، وليس لربها كلام والزرع للغاصب . هذا هو الراجح ، وقيل : للمستحق قلعه أيضًا وأخذ أرضه كما إذا لم يفت وقت الإبان ، واختاره ابن يونس وقيل الزرع لرب الأرض فله أخذه ولو طاب وحصد واختاره غير واحد ، فكل من الأقوال رجح . ورجّح الشيخ الأول تبعًا للخمى .

* وشبه فى وجوب الكراء وتبقية الزرع لزارعه قوله :

(كَأَنِ اسْتُحِقَّتْ) : الأرض التى زرعت (مِنْ ذِى شُبْهَةٍ) : كوارث أو مشتر أو مكتر من غير غاصب أو من غاصب ولم يعلموا بالغصب (أَوْ) من (مَجْهُولٍ) لم يعلم هل هو متعد أو لا ، إذ الأصل عدم العداء فاستحقها ربها (قَبْلَ فَوَاتِ الإِبَّانِ) : فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة ، وليس له قلع الزرع ؛ لأن الزارع غير متعد ، فإن فات الإبان فليس للمستحق على الزارع شىء لأنه قد استوفى منفعتها ، والغلة لذى الشبهة أو المجهول للحكم كما يأتى .

(فَإِنْ حَرَثَ) الأرض ذو الشبهة ولم يزرع فاستحقها ربها (أَخَذَهَا

الزرع قبل بدو صلاحه ؛ لأن صاحب الأرض لما مكنه الشرع من أخذه بلا شىء فإبقاؤه لزارعه بكراء كان ذلك الكراء عوضاً عنه فهو بيع له قبل بدوّ صلاحه .

قوله : [واختاره اللخمى] : قال ابن رشد : هو ظاهر المدونة فى كراء الأرضين .

قوله : [فليس للمستحق على الزارع شىء] : أى فى غير وارث الغاصب لما سيأتى فى قوله : «بخلاف وارث غاصب مطلقاً» ؛ فتعميم الشارح فى أول الحل بالنسبة لعدم قلع الزرع ولزوم كراء السنة لا بالنسبة للغلة فهو ذو شبهة بالنظر للأول دون الثانى كما فى الحاشية .

قوله : [فإن حرث الأرض ذو الشبهة] : أى والمجهول بدليل ما يأتى .

المُسْتَحِقُّ لها (وَدَفَعَ) لحارثها ذى الشبهة أو المجهول (كِرَاءَ الحَرْثِ).
وأما المتعدى فلا يلزم ربها شيء لحرث ولا غيره .

(وإنْ أكْرَاهَا) ذو الشبهة لغيره (سِنِينَ): المراد ما فوق الواحد فاستحقها مالكها بعد الإجارة (فللمَالِكِ الفَسْخُ) أى فسخ الإجارة (بَعْدَ الحَرْثِ) فأولى قبله وله الإمضاء (وقِيلَ) لَهُ ، إن اختار الفسخ بعد الحرث وقبل الزرع (ادْفَعْ) للمكترى (أُجْرَتَهُ) : أى أجرة الحرث (إنْ لَمْ يَزْرَعْ ، فإنْ أبَى) من دفع الأجرة (قِيلَ للمُكْتَرِى) الذى حرثها : (ادْفَعْ) للمستحق (كِرَاءَ سَنَةٍ) وازرعها (وإلاَّ) تدفع له كراء سنة (أسْلِمْهَا) له (بلاَ شَىْءٍ) تأخذه منه، ومثل ذلك فيما لو أكراها ذو الشبهة سنة فقط أو استحقت بعد حرث ذى الشبهة منه .

• (وإنْ زَرَعَ) المكترى (تَعَيَّنَ الكِرَاءُ) عليه للمالك ولا خيار له للفوات بالزرع هذا (إنْ بَقِيَ الإبَّانُ) فإن فات الإبان فليس للمالك كلام فى الكراء ، لأن ذا الشبهة أو المجهول يفوز بأجرة تلك السنة .

(ولَهُ) : أى للمالك (الإمْضَاءُ) : أى إمضاء الإجارة للمكترى من ذى الشبهة (فى المُسْتَقْبَلِ) : من السنين (إنْ عَرَفَا) : أى المستحق والمكترى (النِّسْبَةَ) : أى نسبة ما ينوب الباقى من الأجرة لتكون الإجارة بشىء معلوم ، كما لو كان لكل سنة دينار .

قوله : [ودفع لحارثها ذى الشبهة] : أى فإن أبى من الدفع قيل لذى الشبهة الحارث لها ادفع له كراء سنة وازرعها، فإن لم يدفع له كراء سنة لزمه أن يسلمها بغير شىء وسيأتى فى الشارح ما يفيد ذلك بقوله : أو استحقت بعد حرث ذى الشبهة منه ، وما قيل فى ذى الشبهة يقال فى المجهول .

قوله : [أو استحقت بعد حرث ذى الشبهة] : اى أو المجهول كما تقدم التنبيه عليه .

قوله : [يفوز بأجرة تلك السنة] : أى التى يستحقها مالك الأرض ، وأما الخراج السلطانى الذى يلزم مالك الأرض فالظاهر أنه يلزم صاحب الشبهة لتنزيله منزلة المالك تأمل .

(وإلا) بأن لم تعلم النسبة — بأن كانت الأجرة تختلف لاختلاف الأرض بالقوة والضعف فى المستقبل ، ولم يوجد من يعرف التعديل — (فالفَسْخُ) : فى المستقبل متعين للجهل بالأجرة .

(ولا خِيارَ للمُكْتَرِى) إذا أمضى المستحق ، بل يلزمه العقد .

ومثلُ أرض الزراعة غيرها من عقار أو حيوان إذا استحق فالخيار للمستحق على الوجه السابق ولا خيار للمكترى .

* (وانْتَقَدَ) المستحق : أى يقضى له بانتقاد ما بقى فى المستقبل فى أرض الزراعة وغيرها من دار أو دابة بشرطين : أشار للأول بقوله :

(إن انْتَقَدَ المُكْرِى) ذو الشبهة أو المجهول جميع الكراء من المكترى وحينئذ فيلزمه أن يرد أجرة ما بقى للمستحق ، وقيل ، يأخذها من المكترى ثم هو يرجع على من أكراه (أوْ شَرَطَهُ) المكرى أوجرى به عرف وإن لم ينتقد بالفعل . وأشار للثانى بقوله :

قوله : [ولم يوجد من يعرف التعديل] : أما لو وجد فلا فسخ كما لو كان اكترى الأرض ثلاث سنين بتسعين ديناراً ، وقال أهل المعرفة : كراؤها فى السنة الأولى يساوى أربعين لقوة الأرض ، وفى السنتين الباقيتين خمسين .

قوله : [على الوجه السابق] : أى له الإمضاء فى المستقبل إن عرفا النسبة وإلا فلا .

قوله : [وانتقد المستحق] : أى حيث أمضى الإجارة فيما بقى من المدة بعد الاستحقاق فإنه يقضى له بأخذ أجرة ذلك الباقى حالا .

قوله : [جميع الكراء] : أما لو انتقد البعض ففيه تفصيل، فإن عينه بمدة، فإن كانت ماضية فللمكرى ، وإن كانت مستقبلة فللمستحق ، وإن جعله عن بعض مبهم كان بينهما على حسب مالكل ، وكذا يقال فيما إذا اشترط نقد بعضه أو كان العرف نقد بعضه .

قوله : [ما بقى] : أى للأيام المستقبله .

قوله : [وقيل يأخذها] : أى المستحق .

قوله : [ثم هو] : أى المكترى .

(وأَمِنَ هو) : أى المستحق : أى كان مأمونًا فى نفسه ودينه ، بأن لا يكون عليه دين محيط ولا يخشى منه الفرار أو المطل أو الظلم خوفًا من طرو استحقاق آخر فيتعذر الرجوع عليه ، إلا أن يأتى بحميل ثقة . فإن لم يكن مأمونًا ولا حميل له فليس له أن ينتقد بل يوضع ما بقى من الأجرة تحت يد أمين حتى تنقضى المدة ، وذكر هذا الشرط فى المدونة ، وتوقف فيه ابن يونس — انظر الخرشى وغيره .

(والغَلَّةُ) : أى غلة ما استحق من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة (لِذِى الشُّبْهَةِ أَوْ المَجْهُولِ) حاله (لِلحُكْمِ) أى لوقت الحكم بالاستحقاق ، فليس للمستحق قبل الاستحقاق شىء « منها » وأما الغاصب أو المتعدى فلا غلة له كما تقدم .

* ثم مثّل لذى الشبهة بقوله :

(كَوارِثِ غَيْرِ غَاصِبٍ ، ومَوْهُوبٍ ، ومُشْتَرٍ ولَوْ مِنْهُ) أى من الغاصب (إنْ لَمْ يَعْلَمَا) : أى الموهوب والمشترى بأن الواهب أو البائع له

قوله : [وأمن هو] : إنما أبرز الضمير لمخالفة فاعل الفعلين المتعاطفين لأن فاعل المعطوف عليه المكرى وفاعل المعطوف المستحق .

قوله : [ولا حميل] : لا نافية للجنس وحميل اسمها وخبرها محذوف تقديره موجود .

قوله : [وتوقف فيه ابن يونس] : أى بقوله لعل هذا الشرط الثانى فى دار يخاف عليها الهدم ، وأما إن كانت صحيحة فإنه ينتقد ولا حجة للمكترى من خوف الدين لأنه أحق بالدار من جميع الغرماء .

قوله : [والغلة] : مبتدأ ولذى الشبهة صفة له ، وقوله للحكم خبره .

قوله : [أو المجهول حاله] : قضيته أن المجهول حاله ليس ذا شبهة لأن العطف يقتضى المغايرة وهو ما تحرر لبعض الشيوخ كذا فى الحاشية .

قوله : [أى لوقت الحكم] : « اللام » للغاية بمعنى إلى ، والمعنى : أن الغلة تكون لذى الشبهة والمجهول حاله من يوم وضع يده إلى يوم الحكم به لذلك المستحق ، وكان القياس أن تكون النفقة على صاحب الشبهة لكن سيأتى فى باب القضاء أن النفقة تكون على المقضى له كما هو مذهب المدونة وهو خلاف القياس ، لأن القياس

غاصب (بخِلافِ وارِثِ غَاصِبٍ مُطْلَقًا) علم بأن مورثه غاصب أو لم يعلم ، فلا غلة له كما تقدم فى الغصب فليس بذى شبهة . فإن علم الموهوب أو المشترى بأن الواهب أو البائع غاصب فغاصبان كما تقدم ، كالوارث إن علم ، فإن لم يعلم فله حكم الغاصب من أنه لا غلة له .

(و) بخلاف (مَوْهُوبِهِ) : أى موهوب الغاصب ولم يعلم فلا غلة له (إنْ عَدِمَ الغَاصِبُ) : فإن وجد موسراً مقدوراً عليه فله الغلة والرجوع حينئذ على الغاصب كما تقدم فى الغصب .

(ومُحْيِى أَرْضًا ظَنَّهَا مَوَاتًا) فتبين أنها مملوكة فلا غلة له ، بل لمستحقها — ذكره ابن يونس ، ولم يحك فيه خلافاً ، ولذا قال أبو الحسن : الغلة لا تكون لكل ذى شبهة .

(و) بخلاف (وارِثٍ طَرَأَ عَلَيْهِ ذُو دَيْنٍ) :

أن من له الغنم عليه الغرم .

قوله : [علم بأن مورثه غاصب أو لم يعلم] : أى كان الغاصب موسراً أو معسراً، فإذا مات الغاصب عن سلعة مغصوبة استغلها مورثه أخذها المستحق وأخذ غلتها أيضاً منه .

قوله : [فغاصبان] : أى حكماً .

قوله : [كالوارث] : أى وارث كل من الموهوب له والمشترى .

قوله : [فإن لم يعلم] أى من ذكر من الموهوب له والمشترى والوارث لأحدهما، هذا هو المتبادر من العبارة .

وقوله : [فله حكم الغاصب] إلخ: صوابه فله الغلة إلى يوم الحكم .

قوله : [ومحيى أرضاً ظنها مواتاً] إلخ : انظر هل من زرع أرضا ظنها ملكه فتبين خلافه ، حكمها حكم من أحيا أرضاً ظنها مواتاً أو حكم صاحب الشبهة القوية ؟

قوله : [بل لمستحقها] : أى مستحق الأرض بالملكية ويجرى فيه حكم قوله أول الباب إن زرع متعد فقدر عليه إلخ .

فلا غلة للوارث المطروّ عليه بل يأخذ منه رب الدين الموروث وغلته : أى أن الوارث إذا ورث عقاراً كدار مثلا — واستغله بسكنى أو كراء ثم طرأ عليه من له دين على الميت ، فإن الوارث يرد الموروث وغلته لرب الدين إذا كان الدين يستوفيها ، وليس له إلا ما فضل عن الدين . وما هلك من ذلك بسماوىّ لا ضمان عليهم فيه .

(أو) طرأ عليه (وارثٌ) مثله ، فإن الأول لا يستقل بالغلة ، فالأخ الطارئ

قوله : [فلا غلة للوارث المطروّ عليه] : أى بل يأخذها رب الدين إذا كان الدين يستوفيها ، وظاهره ولو كانت ناشئة عن تجر الوارث أو تجر الوصى للوارث ، وهو كذلك . فإذا مات شخص وترك ثلثمائة دينار وترك أيتاماً واتجر وصيهم فى القدر المذكور حتى صار ستمائة فطرأ على الميت دين قدرها أو أكثر ، فلأصحاب الدين أخذها عند ابن القاسم ، خلافاً للمخزومى القائل : إن رب الدين الطارئ إنما يأخذ الغلة من الوارث إذا كانت غير ناشئة عن تحريكه أو تحريك وصيه ، وقولنا : واتجر وصيهم فى القدر المذكور : أى للأيتام ، وأما إن اتجر لنفسه فالظاهر أن ربح المال له لأنه متسلف ، ولايقال : قد كشف الغيب أن المال للغريم ، لأننا نقول : الوصى المتجر لنفسه أولى ممن غصب مالا واتجر فيه فإن ربحه له ، وأما لو طرأ الغريم بعد إنفاق الولى التركة على الأيتام وهو غير عالم بالغريم فلا شىء على الولى ولا على الأيتام ، لأنه أنفق بوجه جائز كما فى المدونة . بخلاف إنفاق الورثة الكبار نصيبهم فإنهم يضمنون للغريم الطارئ بلا خلاف .

وقرر فى الحاشية فى هذا المحل ما محصله : لو عمل أولاد رجل فى ماله فى حال حياته معه أو وحدهم ونشأ من عملهم غلة كانت تلك الغلة للأب ، وليس للأولاد إلا أجرة عملهم يدفعها لهم بعد محاسبتهم بنفقتهم وزواجهم إن زوجهم ، فإن لم تف أجرتهم بذلك رجع عليهم بالباقى إن لم يكن تبرع لهم بما ذكر ، وهذا ما لم يكن الأولاد بينوا لأبيهم أولا أن ما حصل من الغلة لهم أو بينهم وبينه ، وإلا عمل بما دخلوا عليه . وقرر أيضاً أنه : إذا اتجر بعض الورثة فى التركة فما حصل من الغلة فهو تركة وله أجرة عمله إن لم يبين أو لا أنه يتجر لنفسه : فإن بين كانت الغلة له والخسارة عليه وليس للورثة إلا القدر الذى تركه مورثهم .

قوله : [أو طرأ عليه وارث] : أشعر قوله طرأ عليه وارث أنه لو طرأ مستحق

يقاسم الأخ الأول فيما ترك الميت من عقار أو غيره وفيما استغله .

(إلاَّ أنْ يَنْتَفِع) المطروّ عليه بما ترك الميت (بِنَفْسِهِ) من غير كراء ؛ كأن يسكن الدار ويركب الدابة ويزرع الأرض فلا يرجع عليه الطارئ بشرط أن لا يكون عالمًا بالطارئ، وأن يكون فى نصيبه ما يكفيه واقتصر على قدر نصيبه فى السكنى ، فإن زاد غرم ، تأمل: وأن لايكون الطارئ يحجب المطرو عليه، وأن يفوت الإبان فيما له إبّان فطرّو وارث على غيره قبل الإبان لا يمنع قيام الطارئ فى تلك السنة .

وقف على مستحق آخر استغله أو سكنه وهو يرى أنه منفرد به لم يرجع عليه بالغلة ولا بالسكنى وهو كذلك رواه ابن القاسم عن مالك ، وأما إن استغله وهو عالم بالطارئ رجع عليه بما يخصه فى الغلة .

قوله : [إلا أن ينتفع المطروّ عليه] : شروع فى شروط عدم رجوع الطارئ بالغلة، وهى ستة تؤخذ من المتن والشرح .

قوله : [وأن يكون فى نصيبه ما يكفيه] : فى الأصل والخرشى زيادة « لا » ، والصواب ما قاله الشارح هنا .

قوله : [تأمل] : إنما أمر بالتأمل لأن قوله واقتصر على قدر نصيبه فى السكنى مشكل لما قالوه فى مسألة الشريكين الآتية فى التنبيه الذى ذكرناه: من أن العلم بالطارئ لا يضر حيث اقتصر على نصيبه .

قوله : [وأن يفوت الإبان فيما له إبان] : أى كالأرض التى تراد للزراعة ، فإن كان الإبان باقياً فلا يفوز المطرو عليه بما انتفع به بل يحاسبه الطارئ بقدر ما يخصه .

● تنبيه : إذا كانت الدار مشتركة بين شخصين فاستغلها أحدهما مدة، فإن كان بكراء رجع عليه شريكه بحصته ، وإن استغلها بالسكنى فلا شىء عليه لشريكه إن سكن فى قدر حصته ، فإن سكن أكثر منها رجع عليه شريكه. ولا يشترط فى عدم اتباع شريكه له إلا هذا الشرط وباقى الشروط المتقدمة لا تعتبر كما يؤخذ من (بن) .

* (وإنْ بَنَى) ذو الشبهة (أو غَرَس) فاستحق (قيل للمالكِ) الذى استحق الأرض: (ادْفَعْ قيمته قائماً) منفرداً عن الأرض لأن ربه بناه بوجه شبهة، (فإنْ أبَى قيل للبانى: ادفع) لمستحق الأرض (قيمةَ الأرْضِ) براحًا. (فإنْ أبى) أيضًا (فشَرِيكَانِ بالقيمَةِ): هذا بقيمة أرضه براحًا وهذا بقيمة بنائه أو غرسه قائمًا (يَوْمَ الحُكْمِ) لا يوم الغرس أو البناء.

قوله: [وإن بنى ذو الشبهة أو غرس]: أو مانعة خلوّ تجوز الجمع، والمراد بذى الشبهة المشترى أو المكترى من الغاصب أو الموهوب له منه أو المستعير ولم يعلم واحد منهم بالغصب. وقوله: «بنى أو غرس»: فرض مسألة إذ لو صرف مالاً على تفصيل عرض أو خياطته أو عمّر سفينة فالحكم كذلك كما فى الحاشية، واحترز بذى الشبهة مما لو بنى أحد الشركاء أو غرس بغير إذن شريكه، فما لابد منه يرجع به وإلا فلا يلزم بقلعه، بل إن اقتسموا ووقع فى قسم غيره دفع له قيمته منقوضاً؛ وإن أبقوا الشركة على حالها فلهم أن يأمروه بأخذه أو يدفعوا له قيمته منقوضاً.

قوله: [ادفع قيمته قائماً]: أى ولو من بناء الملوك، لأنه وضعه بوجه شبهة كذا فى الخرشى، ورده (بن) بأن ابن عرفة قيده بما إذا لم يكن من بناء الملوك وذوى السرف، فإن كان ذلك فالمنصوص أن فيه قيمته منقوضاً لأن شأنهم الإسراف والتغالى، واحتج لذلك بسماع القرينين.

قوله: [يوم الحكم]: أى بالشركة وكيفية التقويم أن يقال: ما قيمة البناء قائماً على أنه فى أرض الغير؟ فيقال: كذا، وما قيمة الأرض مفردة عن الغرس أو البناء الذى فيها؟ فيقال: كذا، فيكونا شريكين بقيمة مالكل، فلو قيل للمستحق: أعطه قيمته قائماً فقال: ليس عندى ما أعطيه الآن، ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقنى الله ما أؤدى منه قيمة البناء أو الغرس، لم يجز ذلك ولو رضى المستحق منه؛ لأنه سلف جرّ نفعاً، وكذا لا يجوز أن يتراضيا على أن المستحق منه يستوفى ما وجب له من قيمة البناء أو الغرس من كراء الشىء المستحق لفسخ الدين فى الدين عند ابن القاسم، وأجازه أشهب بناء على أن قبض الأوائل كقبض الأواخر.

(إلا المُسْتَحَقَّة بِحَبْسٍ) على معينين أو غيرهم (فالنُقْضُ) بضم النون: أى المنقوض متعين لربه بأن يقال له : انقض بناءك أو غرسك وخذه ودع الأرض لمن وقفت عليه ، إلا أن يكون فى بقائه منفعة للوقت ورأى الناظر إبقاءه فله دفع قيمته منقوضًا من ريع الوقف إن كان له ريع ، فإن لم يكن له ريع ودفعه من عنده متبرعًا لحق بالوقف وليس له أن يتملكه ؛ كما لو بنى هو أو غيره بإذنه فلا يكون مملوكًا له ولا لغيره بل هو ملحق بالوقف على ما نصوا عليه .

واعلم أن الواقع الآن بمصر أن النظار يبيعون أوقاف المساجد أو غيرها والمشترى منهم عالم عارف بأن هذا وقف على مسجد الغورى أو الأشرف أو غيرهما أو على بنى فلان ، ثم يجعلون لجهة الوقف دراهم قليلة يسمونها حكرًا ويسمون استيلاء البغاة على تلك الأوقاف خلوًا وانتفاعًا، يباع ويشترى ويورث، وبعضهم يرفع ذلك الحكر بتوجيه الناظر على نحو جامكية أو وظيفة ويبطلون الوقف من أصله ثم ينسبون جواز ذلك للمالكية ، وصار قضاة مصر يحكمون بصحة ذلك معتمدين على جواز ذلك عند المالكية ، وحاشا المالكية أن يقولوا بذلك : كيف ؟ ومذهبهم هو المبنى على سد الذرائع وإبطال الحيل ؟ وسندهم : فتوى وقعت من الناصر اللقانى ليست من هذا القبيل فانظرها فى المطولات .

قوله : [إلا المستحقة بحبس فالنقض] : ما مرّ فيما إذا لم تستحق الأرض بحبس ، والمعنى أن من بنى أو غرس فى الأرض توجب شبهة ثم استحقت بحبس فليس للبانى أو الغارس إلا نقضه ، إذ لا يجوز له أن يدفع قيمة البقعة لأنه يؤدى إلى بيع الحبس ، وليس لنا أحد معين نطالبه بدفع قيمة البناء أو الغرس قائمًا فيتعين النقض بضم النون ، وظاهره سواء كان الحبس على معينين أو غيرهما.خلافًا لما ذكره ابن الحاجب عن بعض الأصحاب .

قوله : [فانظرها فى المطولات] : حاصلها أنه قال فى فتواه : اللهم إلا أن يتعطل الوقف بالمرة ولم يكن هناك ريع له يقيمه ولم يمكن إجارته بما يقيمه فأذن الناظر لمن يبنى فيه أو يغرس فى مقابلة شىء يدفعه لجهة الوقف ، أو لا يقصد إحياء الوقف على أن ما بناه أو غرسه يكون له ملكًا ويدفع عليه حكرًا معلومًا فى نظير الأرض الموقوفة لمن يستحقه من مسجد أو آدمى، فلعل هذا يجوز إن شاء الله تعالى ، ويسمى

والرسالة التى ألفها الغرقاوى فى جواز ذلك لا توافق قواعد المذهب .

• (ولِمَنْ استَحَقَّ) بالملك (أُمَّ ولَدٍ) ممن أولدها بشبهة ، كأن اشتراها من غاصب بلا علم فأولدها فاستحق مالكها (قِيمَتُها وقِيمَةُ ولَدِهَا) منه (يَوْمَ الحُكْمِ) بالاستحقاق ، لا يوم الوطء ولا يوم الشراء والولد حر نسيب باتفاق إذا كان سيدها الواطئ حرًّا ، هذا هو المشهور الذى رجع إليه مالك ، وكان أولا يقول : لربها أخذها إن شاء مع قيمة الولد يوم الحكم ، ثم رجع عنه أيضاً ، إلا أنه يلزم قيمتها فقط يوم الوطء وبه أفتى لما استحقت أم ولده إبراهيم ، وقيل : أم ولده محمد .

• (و) له (الأقَلُّ مِنْهَا) : أى من قيمة يوم قتله (ومِنَ الدِّيَةِ فى) القتل (الخَطَأِ) ولو لم يأخذها الأب من عاقلة القاتل له (أو) الأقل منها أو

البناء والغرس حينئذ خلواً يملك ويباع ويورث (اه من الأصل) : ولذلك قال الأجهورى : وملك الخلو من قبيل ملك المنفعة لا من قبيل ملك الانتفاع ، وحينئذ فلمالك الخلو بيعه وإجارته وهبته وإعارته ويورث عنه ويتحاصص فيه غرماؤه ، حكاه (بن) عن جملة من أهل المذهب وهو اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التى وقعت فى مقابلة الدراهم ، ولذا يقال أجرة الوقف كذا وأجرة الخلو كذا.

قوله : [والرسالة التى ألفها] إلخ : تنويع فى التعبير كأنه قال : إن كان استنادهم فتوى الناصر فهى ليست من هذا القبيل ، وإن كان استنادهم الرسالة المذكورة فهى لا توافق قواعد المذهب .

قوله : [إذا كان سيدها الواطئُ حرا] : مفهومه لو كان رقيقاً لأخذ وبقى على رقة لأنه ليس خيراً من أبيه .

قوله : [مع قيمة الولد يوم الحكم] : أى وتعتبر قيمته بدون ماله كما أن الأم تقوّم بدون مالها لأن مالها لمستحقها كما فى الأجهورى .

قوله : [وبه أفتى] : عبر عنه ابن رشد بقوله : وبه حكم عليه فى استحقاق أم ولده (اه) قال (بن) : وفيه دليل على أن « أفتى » فى كلام غيره مبنى للمفعول ، وأن غيره أفتاه فى هذا ، لا أنه أفتى به لنفسه والله أعلم . وفى كلام الفاكهانى ما يقتضى أنه هو الذى أفتى بذلك لنفسه (اه) .

(مِمَّا صَالَحَ به) أبوه القاتل (فى) القتل (العَمْدِ) إن صالح بقدر الدية أو أقل أو أكثر، إلا أن يصالح بأقلّ منهما، فله أخذه والرجوع على الجانى بالأقل من باقى القيمة أو الدية، فإن اقتص الأب فلا شىء للمستحق.

(لا إنْ عَفَا) الأب عن القاتل فى العمد، فلا شىء عليه للمستحقّ، وللمستحق الرجوع على القاتل بالأقل من قيمة الولد والدية.

(ولاَ شَىْءَ لِمُسْتَحَقّ بِحُرِّيَّةٍ) : لا صداق ولا غلة أى أن من اشترى أمة أو عبداً فوطئها أو استخدمها أواستخدم العبد فاستحقت حريتها فلا صداق فى وطئها ولا غلة فى استعمالها أو استعمال العبد.

* (وإن استُحِقّ بعضٌ) من متعدد اشترى فى صفقة واحدة كأن يشترى عشرة أثواب بمائة فاستحق منها واحد أو أكثر (فكالمعيب) فإن كان مستحق

قوله : [أو مما صالح] : المناسب الواو أى : فإذا كانت القيمة يوم القتل مائتين ووقع الصلح بخمسمائة أخذ المستحق القيمة مائتين لأنها أقل مما صالح به، وإن وقع الصلح بمائتين قدر القيمة أخذهما المستحق، فإن صالح بمائة تعين أن يأخذها المستحق لا القيمة التى هى أكثر من ذلك، فإذا أخذ المستحق تلك المائة من الأب رجع ذلك المستحق على الجانى أيضاً بمائة باقى القيمة إن كانت القيمة مائتين كما فرضنا.

قوله : [لا صداق ولا غلة] : أى لما مر من أن الغلة لذى الشبهة والمشترى ذو شبهة، وهذا بخلاف مستحق مدعى حرية استعمله إنسان، فلمن استحقه برقّ الرجوع على من استعمله بأجرة استعماله إلا القليل؛ كسقى الدابة وشراء شىء تافه فلا رجوع له به .

قوله : [وإن استحق بعض] إلخ: هذه المسألة تقدمت فى باب الخيار مفصلة، وإنما ذكرها هنا لأن ما هنا محلها.

قوله : [فكالمعيب] : حاصل استحقاق البعض أن تقول : لا يخلو إما أن يكون شائعاً، أومعيناً . فإن كان شائعاً بما لا ينقسم — وليس من رباع الغلة — خير المشترى فى التمسك والرجوع بحصة المستحق من الثمن، وفى رده لضرر الشركة سواء استحق الأقل أو الأكثر، وإن كان مما ينقسم أو كان متخذاً للغلة خير فى

وجه الصفقة تعين نقض البيع ، لما تقدم أنه لا يجوز التمسك بالأقل إذا استحق الأكثر أو ظهر معيباً ، وإن كان غير وجه الصفقة جاز التمسك بالباقى . ويعرف ذلك بالتقويم لا بالثمن الذى وقع به البيع .

● (و) من اشترى شيئاً فاستحق من يده (رجَع) المشترى (المُسْتَحَقُّ منهُ) ذلك الشىء (بالثَّمنِ) الذى خرج من يده (عَلَى بَائِعِهِ ، إلاَّ أنْ يَعْلَمَ صِحَّةَ مِلْكِهِ) : أى ملك البائع لما استحق منه وأن مدعى الاستحقاق هو الظالم فلا رجوع له على البائع ، وصارت المصيبة منه .

استحقاق الثلث وجب التمسك فيما دونه، وإن استحق جزء معين، فإن كان مقوماً كالعروض والحيوان رجع بحصة البعض المستحق بالقيمة لا بالقسمة، وإن استحق وجه الصفقة تعين رد الباقى، ولا يجوز التمسك بالأقل وإن كان مثلياً ، فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن ، وإن استحق الأكثر خير فى التمسك والرجوع بحصته من الثمن فى الرد . وكذلك يخير فى التمسك والرد فى جزء شائع مما لا ينقسم إن كانت حصته من الثمن معلومة (اهـ بن) .

قوله : [جاز التمسك بالباقى] : مقتضى الحاصل المتقدم وجوب التمسك بالباقى .

قوله : [بالثمن الذى خرج من يده] : أى فإن كان عرضاً معيناً رجع به أو قيمته إن فات . وأما غير المعين فليس فيه إلا الرجوع بالمثل. واستثنى من الرجوع فى عين شيئه النكاح والخلع وصلح العمد عن إقرار أو إنكار ، والمقاطع به عن عبد والمدفوع عن مكاتب والمصالح به عن عمرى ؛ فمن أصدق امرأة عبداً واستحق من يدها رجعت فى قيمة العبد لا فى البضع ، ومن خالع امرأة على عبد فاستحق من يده رجع عليها بقيمة العبد لا فى العصمة ، ومن صالح على دم عمد بعبد على إقرار أو إنكار فاستحق العبد رجع ولى الدم بقيمته ، وإذا قاطع العبد سيده بأن أعتقه على عبد فاستحق العبد من يد السيد فإنه يرجع بقيمته لا فى الحرية. هذا إذا قاطعه على عبد فى غير ملكه، وأما مقاطعته على عبد فى ملكه فاستحق فإن السيد لا يرجع بشىء والعتق ماض لا يرد ؛ لأنه كمال انتزعه من عبده ثم أعتقه . وكذا المكاتب إذا قاطع سيده على عبد فاستحق العبد

. . . .

من يد السيد بقيمة العبد لا بالحرية . ولا فرق بين كون العبد فى ملك المكاتب أو فى ملك غيره ؛ لأن المكاتب أحرز نفسه وماله . وكذلك من أعمر داره لشخص مدة معلومة ثم إن رب الدار صالح المعمر على عبد دفعه رب الدار إليه فى نظير منفعتها ثم استحق ذلك العبد من يد المعمَّر – بالفتح – فإنه يرجع بقيمة العبد على صاحب الدار ولا يرجع بالمنافع التى خرجت من يده. وهذه المسائل السبع تجرى فى الشفعة وفى الرد بالعيب كالاستحقاق فتكون الصور الجارية فيها إحدى وعشرين، قائمة من ضرب سبع فى ثلاث وهى الاستحقاق والأخذ بالشفعة والرد بالعيب .

● خاتمة : إن اشتهر عبد بحرية وصار له أملاك وحضرته الوفاة وأوصى بوصايا ثم نفذها الوصى فجاء سيده بعد ذلك واستحقه؛ لم يضمن وصىّ صرف المال فيما أمر بصرفه فيه ولا حاجّ حج عنه من تركته كما أوصى ، ويأخذ السيد ما كان باقياً من تركته لم يبع ، وما بيع وهو قائم بيد المشترى لم يفت بالثمن الذى اشتراه به المشترى . وكذلك من شهد بموته وعذرت بينته بأن رأته صريعاً فى المعركة فظنت موته فتصرف ورثته ووصيه فى تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حيا فإنه يأخذ ما وجد من ماله ، ويأخذ ما بيع بالثمن إن كان قائماً بيد المشترى لم يفت . وأما إن لم يعرف العبد بالحرية ولم تعذر البينة فى الثانى فالتصرف فى أمواله كتصرف المشترى من الغاصب فيأخذ ربه ما وجده فات أو لم يفت وترد له زوجته ولو دخل بها غيره ، والله أعلم .

باب
فى الشفعة وأحكامها

● وهى شبيهة بالاستحقاق ، فلذا أعقبه بها فقال :

● (الشفْعَةُ) بسكون الفاء ، قال عياض : أصلها من الشفع ضد الوتر ، لأن الشفيع يضم حصة شريكه إلى حصته فيصير حصتين فيكون شفعاً بعد أن كان وتراً ، والشافع ، هو الجاعل الوتر شفعاً (اسْتِحْقَاقُ شَرِيك) من إضافة المصدر لفاعله ، وخرج « بشريك » استحقاق غيره شيئاً كدين أو وديعة أو منفعة بوقف أوسلعة ونحوذلك،فالشفعة هى استحقاق الشريك

باب :

أى حقيقتها ، وقوله :« وأحكامها» : أى مسائلها التى تثبت فيها ومالا تثبت فيها .

قوله : [فلذا أعقبه بها] : أى جعلها عقبه وتالية له .

قوله : [أصلها من الشفع] إلخ : هذا هو المعنى اللغوى ، واصطلاحاً ماقاله المصنف . .

قوله : [والشافع] : أى المأخوذ من الشفعة لا من الشفاعة التى هى سؤال الخير للغير فليست مرادة هنا .

قوله : [شريك] : أى بجزء شائع لا بأذرع معينة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأنهما جاران ، ولا بغير معينة عند مالك ورجحه ابن رشد ولأشهب فيها الشفعة. فإن قلت: كل من الجزء- كالثلث والأذرع غير المعينة- شائع.قلت: شيوعهما مختلف، إذ الجزء شائع فى كل جزء من الكل ولو قل ولا كذلك الأذرع لأن الأذرع إن كانت خمسة فإنما تكون شائعة فى قدرها أى فى كل خمسة من الأذرع لا فى أقل منها (اه من حاشية الأصل) ؛ ومراده بالاستحقاق المعنى اللغوى وهو الطلب وليس المراد الاستحقاق المعهود الذى هو رفع ملك شىء بثبوت ملك قبله أو حرية لأنه لا يصح هنا .

آخذ أو لم يأخذ . وتطلق على نفس الأخذ بالفعل والأظهر ماذكرنا (أَخْذُ مَا عَاوَضَ بِهِ شَرِيكُهُ مِنْ عَقَارٍ بِثَمَنِهِ أَوْ قِيمَتِهِ بِصِيغَةٍ)قوله « أخذ » مفعول المصدر وإضافته لـ « ما » من إضافة المصدر لمفعوله ، وخرج بـ « ما عاوض به » : الهبة والصدقة والوصية بشقص ، فلا شفعة فيها وقوله : « من عقار » بيان لـ « ما » ، وخرج به غير العقار من الحيوان والعروض ، فلا شفعة فيه . بثمنه أى الذى وقع به البيع كما هو الغالب . وقوله : « أو قيمته » لإدخال بعض الصور التى لم تقع المعاوضة فيها بثمن كالخلع والنكاح كما يأتى . فالمراد بالمعاوضة : ما يشمل المالية وغيرها وقوله : « بصيغة » أراد بها ما يدل على الأخذ .

قوله : [والأظهر ما ذكرنا] : أى لأن ماهية الاستحقاق إنما هى طلب الشريك أخذ مبيع شريكه وعدمه والأخذ والترك عارضان لها ، والعارض شىء غير ذلك الشىء المعروض كذا وجهه فى الأصل .

قوله : [مفعول المصدر] : أى الذى هو استحقاق .

قوله : [من إضافة المصدر] : أى الذى هو أخذ فصار معمولا لاستحقاق وعاملاً فى ما .

قوله : [من الحيوان] : أى فلاشفعة فى الحيوانات استقلالاً ، فلا ينافى ما يأتى من أن الشفعة تكون فى الحيوان تبعاً للحائط وما فى معناه .

قوله : [كما هو الغالب] : أى فالغالب أن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذى اشترى به ومن غير الغالب يأخذه بالقيمة كالنكاح والخلع وباقى الصور السبع .

قوله: [بثمن] : أى بمتمول ؛ لأن البضع والعصمة وما معهما غير متمول فلا يقال له ثمن عرفا .

قوله : [كالخلع والنكاح] : أدخلت الكاف باقى الصور السبع التى تقدم لنا التنبيه عليها فى الاستحقاق .

قوله : [أراد بها ما يدل على الأخذ] : أى لفظاً أو غيره .

● فأركانها أربعة .

آخذ ، ومأخوذ منه ، وبائع له ، وصيغة .

* ثم فرع على التعريف المذكور قوله :

(فللشريك) المستحق (أو وكيله الأخذُ) بالشفعة لما عاوض عليه شريكه من العقار (جبْراً) شرعياً (ولَوْ) كان الشريك المستحق (ذمياً) باع شريكه المسلم أو الذمى نصيبه لذمى أو مسلم ، فللذمى الأخذ من المشترى بالشفعة : لكن إن كان الشريكان ذميين باع أحدهما لذمى فشرط القضاء بها أن يترافعا إلينا . فمتى كان أحد الثلاثة مسلما فهى ثابتة ترافعا أو لم يترافعا ، وإلا فلا تثبت إلا بالترافع .

(أو) كان الشريك (مُحبِساً) لحصته قبل بيع شريكه ، فله الأخذ بالشفعة

قوله : [آخذ] : أى وهو الشفيع .

وقوله : [ومأخوذ منه] : أى وهو المشترى .

قوله : [وبائع له] : المناسب أن يقول : وشىء مأخوذ وهو المبيع ؛ لأن البائع من أسبابها لا من أركانها . وترك خامساً : وهو المأخوذ به من ثمن أو قيمة ، فأفاد الأول منها بقوله : « فللشريك أو وكيله الأخذ » إلخ ؛ والثانى منها بقوله ممن طرأ ملكه . والثالث بقوله « لعقار ولو منا قلابه » إلخ ، والخامس الذى زدناه بقوله : « بمثل » المثل إلخ . والصيغة مأخوذة من قوله فيما يأتى : « ولزمه إن قال أخذت » .

قوله : [لما عاوض عليه] : أى كانت المعاوضة مالية أو غيرها .

قوله : [شرعياً] : أى بحكم الشرع فلا ظلم فيه .

قوله : [ولو كان الشريك المستحق ذمياً] : بالغ عليه رداً على ابن القاسم فى المجموعة . واعلم أن صور المسألة ثمان لأن الشريك والبائع إما مسلمان أو كافران ، أو الشريك مسلم والبائع كافر أو العكس ، وفى كل من الأربع : المشترى إما مسلم أو كافر ؛ فهما كان الشفيع مسلماً فالشفعة اتفاقاً ، وإن كان الشفيع كافراً والمشترى مسلماً فمحل الخلاف ، وإن كان الجميع ذميين فلا نحكم بينهم بالشفعة إلا إذا ترافعوا إلينا . فإذا علمت ذلك فالمناسب فى الرد على المخالف أن يقول فى الحل ولو : كان الشريك المستحق ذمياً باع شريكه المسلم أو الذمى نصيبه لمسلم .

(ليُحَبِّسَ) فى مثل ما حبس فيه الأول ، لا إن لم يقصد التحبيس فليس له الأخذ . كما أن المحبس عليه ليس له أخذ بها ولو ليحبس كما يأتى .

(والوَلِىّ) بالشفعة والولى بالجر ، عطفًا على « الشريك » : أى له الأخذ بالشفعة (لمَحْجُورِهِ) السفيه أو الصبى أو المجنون إذا باع شريكه المحجور.

(والسُّلْطَانِ) له أخذ بالشفعة (لبَيْتِ المَالِ) : فإذا مات أحد الشريكين ولا وارث له فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال ثم باع الشريك ، فللسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال . وكذا لو مات إنسان عن بنت مثلا فأخذت النصف ثم باعته فللسلطان الأخذ من المشترى لبيت المال .

(لا مُحَبَّس عَلَيهِ) فليس له أخذه بالشفعة (أو نَاظِرٍ) على وقف فليس له أخذ بها (ولو ليُحَبِّسَ) بها فيما حبس الأول،لأنه ليس له أصل يأخذ به ، وقيل : إن أراد الأخذ ليلحقه بالأول فله ذلك .

(إلاّ أن يكون له) أى لمن ذكر من محبس عليه أو ناظر (المَرْجِعُ) : أى مرجع الوقف ، أى رجوعه ، كمن حبس على جماعة مدة معلومة ثم بعد ذلك يكون لفلان ملكًا ، فله حينئذ الأخذ بها . وكذا إن جعل المحبس له الأخذ ليحبس فى مثل الأول فله ذلك لأنه جعله وكيلا عنه فى ذلك .

قوله : [فى مثل ما حبس فيه الأول] : الظاهر أنه لا مفهوم لمثل بل المدار على مطلق تحبيس كما يؤخذ من المجموع .

قوله : [فللسلطان الأخذ بالشفعة] : قال سحنون فى المرتد يقتل وقد وجبت له شفعة : إن للسلطان أن يأخذها إن شاء لبيت المال .

قوله : [أو ناظر على وقف] : أى كدار موقوف نصفها على جهة وله ناظر ؛ فإذا باع الشريك نصفه فليس للناظر أخذ بالشفعة ولو ليحبس إلا أن يجعل له الواقف الأخذ ليحبس، وإلا كان له ذلك كما قال الشارح .

قوله : [وقيل إن أراد] إلخ : القائل له المواق عن ابن رشد .

قوله : [كمن حبس على جماعة] : أى مدة حياتهم .

وقوله : [ثم بعد ذلك] : أى بعد انقراض الجماعة أو انقضاء المدة المذكورة .

(و) لا (جَار) فلا شفعة له (وإنْ مَلَكَ تَطَرُّقًا) : أى طريقًا إلى الدار التى بيعت ، بأن كانت الطريق الموصلة إلى دار كل واحدة فباع أحد الجارين داره فلا شفعة فيها للآخر .

* (مِمَّنْ طَرَأَ) : أى تجدد متعلق بالأخذ : أى للشريك الذى لم يعاوض الأخذ ممن طرأ (مِلْكُهُ) على من أراد الأخذ ؛ فلو ملكا العقار معًا بشراء أو نحوه فلا شفعة لأحدهما على الآخر (اللَّازِمُ) نعت لملكه ، احترز به عمن طرأ ملكه بمعاوضة لكن بملك غير لازم : كبيع الخيار فلا شفعة فيه إلا بعد مضيه ، وكبيع محجور بلا إذن فلا شفعة فيه إلا بعد إمضاء الولى (اخْتِيَارًا) فلا شفعة فى ملك طرأ بلا اختيار كالإرث (بِمُعَاوَضَةٍ) : ولو غير مالية ،

قوله : [ولا جار] : أى خلافاً لأبى حنيفة .

قوله : [ممن طرأ] : هذا هو الركن الثانى وهو المشترى .

قوله : [كبيع الخيار] : اعترض بأن المعتمد أن الملك فى زمن الخيار للبائع ، وحينئذ فلم يتجدد ملك للمشترى حين الخيار فهو خارج بقوله ممن طرأ وليس خارجاً بقوله اللازم . وأجيب أن إخراجه بقوله اللازم بناء على القول الضعيف من أن المبيع زمن الخيار على ملك المشترى فيصدق أنه تجدد ملكه إلا أن ذلك الملك غير لازم .

قوله : [فلا شفعة فيه إلا بعد مضيه] : أى ويثبت الشفعة لمشترى الخيار إن باع شخص داره مثلا نصفين نصفاً خياراً أولا ثم النصف الثانى بتا لشخص آخر فأمضى بيع الخيار الأول من له الخيار فالمشترى بالخيار متقدم على المشترى بتًّا لأن الإمضاء حقق ملكه يوم الشراء فالشفعة له على ذى البت. وهذا مشهور مبنى على ضعيف من أن بيع الخيار منعقد ، وأما على أنه منحل الذى هو المشهور فالشفعة لمشترى البت لكنه ضعيف .

قوله : [وكبيع محجور] : مثل بيعه شراؤه؛ فإذا اشترى يقال فيه قد تجدد ملكه لكن ذلك الملك غير لازم فلا شفعة فيه حتى يجيزه وليه .

قوله : [كالإرث] : أى فإذا كانت دار بين شريكين ومات أحدهما عن وراث أخذ حصته منها فليس لشريكه أن يأخذ من وارثه بالشفعة .

كنكاح وخلع ، وهذا يغنى عن قوله: اختياراً، ولا يغنى عن هذا قوله فى التعريف « بما عاوض به » لأن هذا من التفريع على التعريف ؛ فكأنه كالشرح له ليرتب عليه ما سيذكره .

● (لعقار): وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر فلا شفعة فى غيره إلا تبعاً كما يأتى (ولو) كان العقار (مُنَاقَلاً به): بأن يباع العقار بمثله: وله صور :

منها : أن يكون لشخص حصة من دار مثلا ولآخر حصة من أخرى ، فناقل كل منهما الآخر ، فلشريك كل أن يأخذ بالشفعة ممن ناقل شريكه ويخرجان معاً من الدارين .

(أو) كان العقار (شَجَراً أو بناءً) مملوكاً (بأرض حُبِّسَ) على البائع وشريكه أو غيرهما ؛ كما لو اقتضت المصلحة إجارة أرض محبسة سنين فبنى فيها المستأجر أو غرس بإذن ناظرها على أن ذلك له ، فإذا كان المستأجر متعدداً وباع أحدهم فللآخر الشفعة (إن انْقَسَمَ) العقار : أى أن محل جواز الأخذ بالشفعة فيما ينقسم من العقار على المشهور ، فإن لم يقبل القسمة أو قبلها بفساد ، كالحمام والفرن فلا شفعة فيه (وقُضِي بِهَا) : أى بالشفعة : أى وقع القضاء بها من بعض القضاة (فى غَيْرِه) : أى فى غير مالا ينقسم ، وهو حمام ؛ فيقاس

قوله : [كنكاح وخلع] أى وباقى المسائل السبع الآتية .

قوله : [فكأنه كالشرح له] : أى لأن التعريف ضابط إجمالى .

قوله : [العقار] : هذا هو الركن الثالث .

قوله : [وله صور] : مراده بالجمع : مافوق الواحد، فإنه ذكر صورة ليس فيها شريك ثالث . وبقيت صورة : وهى أن يكون زيد مشاركاً عمراً فى بيت وبكراً فى بيت آخر فيبادل عمراً فى حصته التى بينه وبين بكر فلبكر أن يأخذ بالشفعة من عمرو .

قوله : [فللآخر الشفعة] : أى لما تقدم لنا من أن الخلوات مملوكة لأهلها ويجوز بيعها والشفعة فيها .

قوله : [أى فى غير ما لا ينقسم] : هكذا نسخة المؤلف والصواب إسقاط لا .

قوله : [وهو حمام] : أى فى حمام .كان بين أحمد بن سعيد الفقيه وشريك

عليه غيره كفرن ودار صغيرة ونخلة ونحوها وهو قول لمالك فى المدونة : والأول رواية ابن القاسم عنه فيها أيضاً وهو المشهور . فما ينقسم فيه الشفعة قولا واحداً ، ومالا ينقسم فيه قولان مشهورهما عدم الشفعة فيه ؛ فمن قال : علة الشفعة دفع ضرر الشركة ، أجازها مطلقاً إذ ضرر الشركة حاصل فيما ينقسم وفيما لا ينقسم . ومن قال : علتها دفع ضرر القسمة ، منعها فيما لا ينقسم لعدم تيسرها فيه فلا يجاب فيه لها إذا أرادها المشترى حتى يلزم ضرر الشريك بها ويأخذ الشفيع ● (بِمِثْلِ الثَّمَنِ) الذى أخذ به المشترى حيث كان مثليا (ولو) كان الثمن الذى اشترى به الشقص (دَيْنًا بِذِمَّةِ بائِعِهِ أو قِيمَتِهِ) إن كان مقوّمًا كعبد ويعتبر القيمة (يَوْمَ البَيْعِ) لا يوم الأخذ بالشفعة (أو قِيمَةِ الشِقْصِ فى) ما إذا كانت المعاوضة بشىء غير متمول (نَحْوِ نِكَاحٍ) جعل المهر فيه ذلك الشقص (وخُلْعٍ) خالعت زوجها به

له فيه، فباع أحمد الفقيه حصته فيه لمحمد بن إسحق فرفعه شريكه لقاضى الجماعة بقرطبة منذر بن سعيد، وأحضر الفقهاء وشاورهم فأفتوا بعدمها على قول ابن القاسم ، فذهب الشريك للأمير الناصر لدين الله فقال له : نزلت بى نازلة حكم علىّ فيها بغير قول مالك : فأرسل الأمير للقاضى يقول له احكم له بقول مالك : فأحضر الفقهاء وسألهم عن قول مالك فقالوا : مالك يرى الشفعة ، فحكم له به .

قوله : [لعدم تيسرها] : أى القسمة .

وقوله : [فيه] : أى فيما لا ينقسم .

وقوله : [فلا يجاب فيه] : أى فيما لا ينقسم .

وقوله : [لها] : أى للقسمة .

وقوله : [حتى يلزم] إلخ : غاية فى النفى .

قوله : [بمثل الثمن] : هذا هو الركن الخامس الذى زدناه .

قوله : [الذى أخذ به المشترى] : أى الذى وقع العقد عليه وإن نقد المشترى خلافه وهذا هو الراجح وهو قول ابن القاسم ، وقيل : المراد بالثمن ما نقده المشترى ولو عقد على خلافه وهو ما مشى عليه الخرشى .

قوله : [جعل المهر فيه ذلك الشقص] : أى هذا إذا جعله لها قبل الدخول ،

(وصُلِح عَمْدٍ)على نفس أو طرف الواجب فيه القود؛ فإذا صالح الجانى بشقص فالشفعة بقيمته يوم الصلح ، بخلاف الخطأ فإن الشفعة فيه بالدية من إبل أو غيرها تنجم كالتنجيم على العاقلة (و) أخذ الشقص (بما يَخُصُّهُ) من الثمن (إنْ صَاحَبَ) فى البيع (غَيْرَهُ) فى صفقة ، كأن يبيع الشريك الشقص وعبداً بعشرة فيقوّم الشقص منفرداً ثم ينظر لقيمته مع صاحبه كالعبد . فإذا كانت قيمته منفرداً النصف أخذه بنصف الثمن قل أو أكثر ، وإن كانت الثلث أخذه بثلثه وهكذا ، وقيل : يقوم كل منهما على انفراده ثم ينظر للنسبة بعد ذلك .

• (ولَزِمَ المُشْتَرِى) لهما (الباقى) : وهو ما صاحب الشقص فى الشراء كالعبد (وإنْ قَلَّ) : أى ولو كانت قيمته أقل من قيمة الشقص . واعترض : بأن الأخذ بالشفعة من الاستحقاق ، ولا يجوز فيما استحق أكثره وأظهر معيباً التمسك بالباقى فى الأقل . وأجيب : بأنه هنا إنما يأخذ الباقى بما ينوبه بعد أن عرف ما ينوبه من الثمن ، فلم يلزم التمسك بمجهول . بخلاف الاستحقاق

وأما لو دفعه لها فى نكاح التفويض بعد الدخول فإن الشفيع يأخذ ذلك الشقص بمهر المثل لا بقيمة الشقص .

قوله : [وصلح عمد] : أى عن إقرار أو إنكار .

قوله : [من إبل] : أى إذا كانت عاقلة الجانى أهل إبل .

وقوله : [أو غيرها] : أى إذا كانت عاقلته أهل ذهب وهكذا .

قوله : [تنجم كالتنجيم على العاقلة] : أى فتنجم على الشفيع فى ثلاث سنين كما تنجم على العاقلة لو أخذت منها .

• تنبيه : أدخل المصنف فى نحو النكاح فى المسائل السبعة المتقدمة فى الباب السابق وهى : المقاطع به عن عبد ، والمدفوع من مكاتب ، والمصالح به عن عمد ؛ فهذه ثلاث ، والمأخوذ من المصنف أربع ؛ لأن الصلح إما عن إقرار أو إنكار كما تقدم التنبيه عليه .

قوله : [وقيل يقوّم كل منهما على انفراده] : هذا القول للتتائى وهو ضعيف ولكن قال فى الأصل : الوجه مع التتائى — فتدبره .

والعيب فإن التمسك بالباقى وقع قبل التقويم والتمسك قبله ابتداء بيع بثمن مجهول، إذ لا يعلم إلا بعد التقويم .

* ويأخذه (بأجَلِه) : أى أجل الثمن أى يأخذه بالثمن المؤجل بأجله (إنْ أيْسَرَ ، الشفيع : أى إن كان موسراً يوم الأخذ ولا ينظر ليساره فى المستقبل (أو) لم يوسر و (ضَمِنَهُ مَلِيءٌ ، وإلا) يكن موسراً ولا ضمنه ملىء (عَجَّلَ الثمَنَ) : أى يعجله للبائع ، وإلا فلا شفعة له قاله اللخمى (إلاّ أنْ يتَسَاوِيَا عَدَمًا) : أى فى العدم بفتح العين : أى فى الفقر والحاجة ، فله الأخذ بالثمن لأجله ولا يلزمه الإتيان بضامن ملىء إذ لا فرق بينه وبين المشترى حينئذ . فإن كان الشفيع أشد عدمًا لزمه الإتيان بضامن وإلا سقطت شفعته .

* (و) أخذه (برَهْنِه وضامِنِه) الباء بمعنى مع : أى إذا اشتراه المشترى بثمن فى الذمة ودفع لبائعه رهنًا أو ضمنه أحد ، فالشفيع لا يأخذه إلا برهن كرهن المشترى أو ضامنًا كضامنه وإلا فلا شفعة له(وأجْرَةَ دَلاَّل و) أجرة (كاتِبِ) للوثيقة (ومَكْسٍ) توقف البيع عليه من ظالم على أظهر القولين .

* (أوْ لثَمَرَةٍ) عطف على قوله : « لعقار » : أى أن أحد الشريكين

قوله : [أى يأخذه بالثمن المؤجل بأجله] : أى ولو كان الأخذ بالشفعة بعد انقضاء الأجل ، لأن الأجل له حصة من الثمن كما فى (عب) .

قوله : [ولا ينظر ليساره فى المستقبل] : أى لا يكفى تحقق يسره يوم حلول الأجل بنزول جامكية أو معلوم وظيفة فى المستقبل إذا كان يوم الأخذ معسراً مراعاة لحق المشترى،لأنه يحصل للشفيع بعدم الاكتفاء بذلك ضيق فيكون وسيله لترك الأخذ بالشفعة.وكما لا يراعى يسره فى المستقبل لا يراعى خوف طرّو عسره قبل حلول الأجل ؛ فالعبرة بالحالة الراهنة .

قوله : [وإلا فلا شفعة له] : أى فيسقط الحاكم شفعته .

قوله : [على أظهر القولين] : أى فإذا جرت العادة أن من اشترى عقاراً يدفع مكساً للحاكم أو لشيخ الحارة فالأظهر أن الشفيع يلزمه ذلك كما هو المفتى به الآن .

فى ثمر على أصوله إذا باع نصيبه لأجنبى فللشريك الآخر أن يأخذه بالشفعة من المشترى إلحاقاً للثمرة وما بعدها بالعقار (مَالَمْ تَيْبَس) الثمرة وينتهى طيبها؛ فإن يبست بعد العقد ، وكذا إن اشتراها الأجنبى يابسة فلا شفعة فيها .

واعلم أن مسألة الشفعة فى الثمار وما عطف عليها إحدى مسائل الاستحسان الأربع التى قال فيها مالك: إنه لشىء استحسنته وما علمت أن أحداً قاله قبلى ، الثانية الشفعة فى البناء بأرض محبسة أو معارة وقد تقدمت . الثالثة : القصاص بشاهد ويمين فى الجرح . الرابعة : فى الأنملة من الإبهام خمس من الإبل نظمهم بعضهم بقوله :

وقال مـــالك بالاختيـــار ... فى شفعة الأنقاض والثمار

والجرح مثل المال فى الأحكام ... والخمس فى أنملة الإبهام

وقوله : مثل المال : أى يثبت بالشاهد واليمين كالمال .

والحاصل : أن الأربع مسائل: اثنتان منها فى الشفعة ، واثنتان فى الجناية .

(ومَقْثأة) من بطيخ أصفر أو أخضر أو خيار ونحوها ، فيها الشفعة إذا باع أحد الشريكين (وبَاذِنْجَان) بفتح المعجمة وكسرها (وقَرْعٍ وباميَةٍ ونحوها) مما له أصل تجنى ثمرته وأصله باق كالقن والفول الأخضر الذى

قوله : [نظمهم بعضهم] : أى الذى هو (ح) ، وأورده خامسة ذكرها فى المدونة وهى: هلكت المرأة ولها ولد يتيم لا وصى له فأوصت عليه لم يجز ذلك إلا إن كان المال يسيراً نحو الستين ديناراً فلا ينزع من الوصى؛ استحسنه مالك وليس بقياس ، وقد عدها ابن ناجى خمساً فى شرح الرسالة فذكر هذه ولذلك زاد (ح) على البيتين:

وفى وصى الأم باليسير ... منها ولا ولى للصغير

فإن قلت: كيف تكون مستحسنات الإمام مقصورة على هذه المسائل مع أن الاستحسان فى مسائل الفقه أكثر من القياس؟ كما قال المتيطى ، وقال مالك إنه تسعة أعشار العلم ؟ وأجيب: بأنه إنما خص الإمام بهذه المسائل مع أنه وقع منه غيرها لا نفراده بها .

يزرع ليباع أخضر (ولو)بيعت (مفْرَدَةً) عن أصلها ، وانظر تمام المسألة فى الأصل .

(لا زَرْعٍ) : كقمح وكتان وفول زرع ليحصد وبرسيم فلا شفعة فيه (و) لا (بَقْلٍ) مما ينزع من أصله كفجل وجزر وبصل وقلقاس وملوخية (وَلَوْ بِيعَ) الزرع أو البقل (مَعَ أَرْضِهِ) فلا شفعة فيه، وإنما هى فى الأرض فقط بما ينوبها من الثمن .

● (ولا) شفعة فى (عَرْصَةٍ) : وهى ساحة الدار التى بين بيوتها أو على جهة من بيوتها تسمى فى عرف العامة بالحوش .

قوله : [ولو بيعت مفردة عن أصلها] : شملت هذه المسألة ثلاث صور : الأولى : إذا باع الأصل دون الثمرة ثم باع أحدهما نصيبه فيها . الثانية : أن يكون الأصل باقياً وباع أحدهما نصيبه من الثمرة . الثالثة : أن يشتريا معاً الثمرة ويبيع أحدهما نصيبه منها، ورد «بلو» على أصبغ وعبد الملك القائلين: لاشفعة فيها مطلقاً، وعلى أشهب القائل : لاشفعة فيها إذا لم يكن الأصل لهما .

قوله : [وانظر تمام المسألة فى الأصل] : حاصله أن الثمرة تؤخذ بالشفعة مالم تيبس بعد العقد وقبل الأخذ بالشفعة وإلا فلا شفعة فيها ، وكذا إذا وقع العقد عليها وهى يابسة كما فى المدونة : ولو باع أحد الشريكين الأصول وعليها ثمرة قد أزهت أو أبرت قبل البيع واشترطها المشترى لنفسه ولم يأخذ الشفيع بالشفعة حتى يبست — وقلنا بسقوط الشفعة حينئذ فيها وأخذت الأصول بالشفعة — حط عن الشفيع ما ينوب الثمرة من الثمن ، وأما لو اشترى الأصول ولم يكن فيها ثمرة أبرت أخذت بالشفعة مع الأصول ما لم تيبس أو تجذ، وإلا فاز بها المشترى وأخذ الشفيع الأصول بالثمن ولا يحط عنه شىء من الثمن فى نظير الثمار . وفى الحالة التى يفوز الشفيع فيها بالثمرة يرجع المشترى عليه بالمؤنة من سقى وعلاج ، ولو زادت قيمة الكلف على الثمار .

قوله : [ولو بيبع] : رد «بلو» على من قال : إن فيه الشفعة إذا بيع بأرضه تبعاً .

قوله : [ولا شفعة فى عرصة] : سميت عرصة لتعرص الصبيان فيها أى تفسحهم .

(و) لا فى (مَمَرّ) أى طريق وهو المعروف بالمجاز الذى يتوصل منه إلى ساحة الدار (قُسِمَ) بين الشريكين أو الشركاء (مَتْبُوعُهُمَا) من البيوت وبقيت الساحة أو الممر مشتركًا بينهما . فإذا باع أحدهما حصته منهما مع ما حصل له من البيوت ، أو باعها مفردة فلا شفعة فيها للآخر ؛ لأنها لما كانت تابعة لما لا شفعة فيه — وهو البيوت المنقسمة — كان لاشفعة فيها. وقيل : إن باعها وحدها وجبت الشفعة .

(و) لا فى (حيوَان، إلاّ)حيوانًا (فى كَحَائِطٍ) : أى بستان . وأدخلَتْ الكاف : المعصرة والمجبسة . فإذا كانت الحائط مشتركة وفيها حيوان كبقر أو آدمى بينهما فباع أحدهما نصيبه من الحائط فللآخر الأخذ بالشفعة فى الحائط والحيوان . وذكر الكاف لإدخال ماذكر من القياس الجلىّ ، فلا وجه لتوقف ابن غازى فيه واعتراضه على المصنف .

(و) لاشفعة فى (بَيْعٍ فَاسِدٍ) لأنه منحل ،

قوله : [وقيل إن باعها وحدها] إلخ : أى كما نقله المواق عن اللخمى .

قوله : [إلا حيواناً فى كحائط] : أى ينتفع به فيه وأما الذى لا ينتفع به فيه فلا شفعة فيه .

قوله : [فى الحائط والحيوان] : أى فإذا وقع الشراء فى الحائط بما فيه هلاك بشىء من الله ثم أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ألزم بجميع الثمن ولا يسقط لما هلك شىء كذا فى (عب) .

قوله : [فلا وجه لتوقف ابن غازى] : اعلم أن توقف ابن غازى فى الكاف نظراً إلى أن المعصرة والمجبسة مما لا ينقسم فى الشفعة على المشهور لا تكون فيه ومن رد عليه كشارحنا نظر إلى القول الآخر . قال (شب) : أدخلَتْ الكاف : الرحى والمعصرة والمجبسة على القول بالشفعة فيما لا يقبل القسم ، وأما على القول الآخر فالكاف استقصائية. وقال سيدى أحمد بابا : أدخل بالكاف أرض الزرع ونحوها إن كان بها دابة وحيوان محتاج إليه للعمل . فعلى قول سيدى أحمد بابا يظهر رد الشارح على ابن غازى فتأمل .

قوله : [ولا شفعة فى بيع فاسد] : أى لانعدامه شرعاً فالشقص لم ينتقل

(إلاَّ أنْ يَفُوتَ) فتثبت الشفعة بالقيمة في المتفق على فساده وبالثمن في المختلف فيه.

(و) لا في (كِرَاء) : فمن أكرى نصيبه منهما فليس للآخر أخذ بالشفعة. وقيل: فيه الشفعة بشرطين: أن يكون مما ينقسم، وأن يسكن الشفيع بنفسه .

● (وسَقَطَتْ) الشفعة (بتَنَازُعِهِمَا فِي سَبْقِ المِلْكِ) فقال كل منهما : أنا ملكي سابق على ملك الآخر فالشفعة لي ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر عند عدم البينة الشهادة لأحدهما ، وحلفا معًا أو نكلا . (إلاَّ أنْ يَحْلِفَ أحَدُهُمَا فَقَطْ) على دعواه وينكل الآخر فالقول للحالف وله الشفعة .

(أو قَاسَمَ) الشفيع المشتري فتسقط شفعته ، وكذا إن طلب القسمة ولم يقسم بالفعل فتسقط شفعته على ما رجحه بعضهم .

(أوْ اشتَرَى) الشفيع الشقص من المشتري فتسقط شفعته .

عن ملك بائعه فلو أخذ الشفيع من المشتري بالشفعة وعلم بالفساد بعد ذلك فسخ بيع الشفعة لأن المبني على الفاسد فاسد .

قوله : [إلا أن يفوت] : الفوات هنا بغير حوالة الأسواق كتغير الذات بالهدم ، وكالبيع من غير علم الشفيع لأن حوالة الأسواق لا تفيت الرباع .

قوله : [فتثبت الشفعة بالقيمة] إلخ : محل ذلك إذا كان الفوات بغير بيع صحيح فإن حصل من المشتري شراء فاسد أو بيع صحيح، فإن للشفيع أن يأخذ من المشتري بالثمن سواء كان البيع الأول متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه ، وسواء وجد عند المشتري الأول مفوت قبل البيع الصحيح أم لا .

قوله : [ولا في كراء] : أي لأن الشفعة لا تكون إلا عند انتقال الملك للذات ولم يحصل في الكراء .

قوله : [عند عدم البينة الشهادة] : هكذا نسخة المؤلف بالمصدر وهو صفة للبينة على حذف مضاف ، أو تؤول الشهادة بمعنى الشاهد، على حد ما قيل في زيد عدل.

قوله : [على ما رجحه بعضهم] : أي كما هو لابن القاسم الجزيري ومن وافقه من الموثقين .

قوله : [أو اشترى] : أي ولو كان شراؤه جهلا منه بحكم الشفعة فلا يعذر بالجهل كما في (ح) فإن قلت: إنَّ الشفيع المشتري للشقص قد ملكه بالشراء

(أَوْ سَاوَمَ) الشفيع المشترى ، فتسقط ولو لم يشتر بالفعل ، لأن مساومته دليل على إعراضه عن الآخذ بالشفعة .

(أو اسْتَأْجَرَ) الشفيع الحصة من المشترى .

(أو بَاعَ حِصَّتَهُ) فتسقط شفعته ، لأنها شرعت لدفع الضرر وقد انتفى الضرر بالبيع .

(أَوْ سَكَتَ) الشفيع بلا مانع مع علمه (بِهَدْمٍ أَوْ بِنَاء) من المشترى

كما يملكه بالشفعة وما معنى سقوطها ؟ أجيب : بأن فائدته إذا اختلف الثمن الذى أخذ به المشترى والذى أخذ به الشفيع كما لو كان البائع باع الشقص بمائة ثم اشتراه من له الشفعة من المشترى بمائة وخمسين فليس له أن يرجع على بائعه ويأخذ منه بالمائة التى هى ثمن الشفعة. وتظهر أيضاً فيما إذا اشترى من له الشفعة من المشترى بغير جنس الثمن الأول فليس له أن يرجع عليه ويغرم له من جنس الثمن الأول .

قوله : [أو ساوم] : أى مالم يرد بالمساومة الشراء بالأقل من ثمن الشفعة وإلا فلا تسقط بها الشفعة ويحلف كما فى التوضيح كذا فى (بن) .

قوله : [أوباع حصته] : أى ويصير للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى ، ثم إن ظاهر المصنف سقوطها ببيع حصته ولو فسد ورد المبيع على الشفيع وليس كذلك ، بل الظاهر أن له الشفعة إذا ردت عليه حصته فى البيع الفاسد كما له ذلك إذا باع حصته بالخيار وردت له . ثم المراد بقوله : «أو باع حصته» أى كلها، فإن باع بعضها لم تسقط. واختلف: هل له شفعة بقدر ما بقى وهو — المأخوذ من المدونة — أو له الكامل؟ واختاره اللخمى ،والمعتمد الأول : ومحل هذا الخلاف إذا تعدد الشركاء كثلاثة شركاء فى دار لكل دار واحد ثلثها باع أحدهم نصيبه، ثم باع الثانى النصف من نصيبه فاختلف هل يشفع هذا الثانى فيما باعه الأول بقدر ما باع وما بقى له أو بقدر ما بقى له فقط ؟ وأما لو لم يكن معه شريك آخر فله الكامل من غير خلاف وظاهر المصنف أيضاً سقوط الشفعة ببيع حصته ولو غير عالم ببيع شريكه وهو ظاهر المدونة ، وقيل: محل السقوط إذا باع عالماً ببيع شريكه فإن باع غير عالم ببيع شريكه فلا تسقط شفعته قال . بعضهم وهو أظهر .

(ولَوْ للإِصْلاحِ) : لأن سكوته دليل على إعراضه عن أخذه بها .

(أوْ) سكت بلا مانع (سَنَةً) كاملة بعد العقد (لا أقَلَّ) من السنة (ولَوْ) حضر العقد و (كَتَبَ شَهَادَتَهُ) فى الوثيقة (عَلَى الأرْجَحِ) مما درج عليه الشيخ (كَأنْ عَلِمَ) ببيع شريكه (فَغَابَ) بعد علمه فتسقط شفعته إن مضت سنة لا أقل (إلاَّ أنْ يَظُنَّ الأوْبَةَ) : أى الرجوع من سفره (قَبْلَهَا) أى قبل السنة (فَعِيقَ) : أى حصل أمر عاقه قهراً عنه ، فإنه يبقى على شفعته ولو طال الزمن ، إن شهدت بينة بعذره أو قامت القرينة على ذلك .

واعلم أنه إن بُعد الزمن — كسبعة أشهر — فلا يمكن من الأخذ بالشفعة ، إلا إذا حلف أنه ما أسقط شفعته ، وأنه للآن باق عليها ؛ هذا إذا لم يكتب شهادته فى وثيقة البيع . فإن كتبها فالبعد عشرة أيام بعد كتبه ، فلا يمكّن من الأخذ بالشفعة إلا بيمين ، ذكره ابن رشد ، وحمل عليه المدونة : نقله الحطاب قال : ويؤخذ منه أنه إذا علم وغاب وطال يحلف بالأولى . وهذا معنى قول الشيخ : وحلف

قوله : [ولو للإصلاح] : أى فليست كمسألة الحيازة فإنه لا يفيت العقار على مالكه إذا سكن دون مدتها إلا الهدم والبناء لغير إصلاح .

قوله : [أو سكت بلا مانع سنة] : أى والموضوع أن الآخذ بها بالغ عاقل رشيد أو ولى سفيه أو صغير ، وأما الصبى والسفيه المهمل فلا يسقط شفعته شىء من ذلك .

قوله : [كاملة] : أى بل وشهرين قال فى الأصل : والمعول عليه — وهو مذهب المدونة — أنها لا تسقط إلا بمضى سنة وما قاربها كشهر بعدها مطلقاً ولو كتب شهادته فى الوثيقة .

قوله : [وكتب شهادته فى الوثيقة] : أى كما هو مذهب المدونة .

قوله : [فإنه يبقى على شفعته] : أى ويحسب له سنة بعد الحضور والعلم .

قوله : [أنه إذا علم وغاب وطال يحلف] إلخ : قال فى الأصل : فلا يحلف المسافر إلا إن زاد على شهرين بعد السنة زيادة بينة ، سواء كتب شهادته قبل سفره أولا ، فإن قدم بعدها بشهر أو شهرين أو أكثر بأيام قليلة أخذ بلا يمين (اهـ) .

إن بعد .

* (وصَدِّقَ) الشفيع الحاضر زمن البيع سواء غاب بعد ذلك أم لا (إنْ أنْكَرَ العِلْمَ) بالبيع ، قال ، فى التوضيح : لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر ، فنقل أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب أنه يصدق ولو طال لأن الأصل عدم العلم . والحاصل أنه لا تسقط شفعته إلا بعد عام من عمله فإن قام بعد مدة طويلة وادعى عدم العلم صدق بيمينه .

* (لاَ إنْ غَابَ قَبْلَ عِلْمِهِ) بالبيع (أوْ لَمْ يَعْلَمْ) وهو حاضر فلا تسقط شفعته وله القيام بها أبداً حتى يقدم من سفره و يعلم أو يعلم ، الحاضر فله سنة بعد علمه كما تقدم والأنسب تأخير قوله وصدق إن أنكر العلم عن قوله أو لم يعلم .

(أوْ أسْقَطَ) الشفيع شفعته (لكَذِبٍ فى الثَّمَنِ) بزيادة بأن قيل : اشترى بعشرة ، فأسقط ، فتبين بخمسة ، فله الأخذ بالشفعة ولو طال الزمن (وَحَلَفَ) أنه إنما أسقط للكذب . فإن نكل فلا شفعة له .

(أو) أسقط لكذب فى الشقص (المبِيعِ) بأن قيل له : باع بعضه فأسقط فتبين أنه باع الكل فله القيام بشفعته .

(أوْ فِى المشْتَرِى) بأن قيل له : فلان الصالح أو قريبك ، فأسقط ، فتبين

قوله : [حتى يقدم من سفره ويعلم] : أى ويسكت عاماً بعد العلم لغير عذر .

قوله : [فله سنة بعد علمه] : أى فالحاضر يحسب له سنة بعد العلم والغائب يحسب له سنة بعد القدوم والعلم .

قوله : [والأنسب تأخير قوله وصدق] :إلخ : أى ويكون قوله وصدق إن أنكر العلم قيداً فى الجميع .

قوله : [بأن قيل] : بنى الفعل للمجهول إشارة إلى أنه لا فرق بين كون القائل له المشترى أو غيره .

قوله : [بأن قيل له باع بعضه] : أى وأما لو أخبر أن شريكه باع الكل فأسقط ثم علم أنه باع النصف فأراد الأخذ،وقال:إنما سلمت لعدم قدرتى على أخذ الجميع ، فقال أشهب : تسقط الشفعة وليس للشريك الأخذ فى تلك الصورة .

خلافه فله القيام .

(أو) لكذب فى (انْفِرَادِهِ) فتبين أنه متعدد .

(أو أسْقَطَ وَصِىٌّ) على يتيم الشفعة لليتيم (أو) أسقط (أبٌ) شفعة ابنه القاصر (بلاَ نَظَرٍ) منهما ، وثبت ذلك فلا تسقط وله أو للقاصر ، إذا بلغ ، القيام بها . فإن أسقطا النظر سقطت وحملا عليه عند الجهل بخلاف الحاكم فلا يحمل عليه عنده .

● (وطُولِبَ) الشفيع : أى للمشترى أن يطالبه (بالأَخْذِ) بالشفعة أو الترك (بَعْدَ اشْتِرَائِهِ) الشقص (لاقَبْلَهُ) فليس له طلبه بالأخذ إذا لم يجب له استحقاقه ، ولو طالبه قبل الشراء فأسقط (فلا يَلْزَمُهُ) الإسقاط (ولَوْ عَلَّقَ) الإسقاط على الشراء : بأن قال إن اشتريت فقد أسقطت شفعتى فله القيام بها ، لأنه أسقط شيئًا قبل وجوبه .

● (واسْتَعْجَلَ) الشفيع : أى للمشترى أن يستعجله بالأخذ أو الترك بعد الشراء (إنْ قَصَدَ) الشفيع (تَرَوِّيًا) فى الأخذ وعدمه ، ولا يهمل لذلك بأيوقفه عند حاكم ويستعجله . فإن قال : أخرونى حتى أتروى ، فلا يؤخر فإن أجاب بشىء

قوله : [فتبين أنه متعدد] : وكذا الكذب فى التعدد فتبين الانفراد إن كان له فى التعدد غرض .

قوله : [بلا نظر منهما] : هذا هو الراجح. ومقابله أنها : تسقط بإسقاط الأب والوصى ولو بلا نظر. قال أبو الحسن : وبه قال أبو عمران ، وسبب الخلاف هل للشفعة استحقاق أو بمنزلة الشراء ، فعلى الأول لا يعتبر إسقاطهما إن كان غير نظر ، وعلى الثانى يعتبر إذ لا يلزم الوصى والأب إلا حفظ مال المحجور لا تنميته .

قوله : [فلا يحمل عليه عنده] : أى لكثرة أشغاله لا لطعن فيه .

قوله : [وطولب الشفيع] : أى عند حاكم .

وقوله : [بالأخذ بالشفعة أو الترك] : أى فإن أجاب بواحد منهما فظاهر ، وإلا أسقط الحاكم شفعته .

قوله : [قبل وجوبه] : أى قبل ثبوته وتحققه .

قوله : [بأيوقفه عند حاكم] : هكذا نسخة المؤلف ولعلها : بل يوقفه إلخ

وإلا أسقطها الحاكم وسقطت .

(أوْ) قصد (نَظَراً فى) الشقص (المُشْتَرَى) بفتح الراء بالمشاهدة ليعلم حقيقته ، فلا يجاب لتأخير حتى يذهب إليه فينظره بل يوصف له بالحضرة لصحة البيع ، ويقال له : إما أن تأخذ أو تسقط . فإن أجاب بشىء ، وإلا أسقطها الحاكم .

* (إلا لبُعْدِهِ) : أى محل الشقص عن محل الشفيع فيما إذا طلب النظر فيه بعدا قليلا لا ضرر فى الذهاب إليه (كَسَاعَةٍ فَأَقَلَّ) فإنه يجاب لذلك ، لا إن كانت المسافة أكثر من ذلك فلا يجاب إلى الذهاب إليه ؛ فعلم أن قولهم : له الشفعة ولو بعد عام محله إذا لم يوقفه عند حاكم ويستعجله ولم يسقط حقه إذا طالبه عند غيره .

● (وَهِيَ) : أى الشفعة تفض (عَلَى حَسَبِ الأَنْصِبَاءِ) عند تعدد الشركاء ، لا على الرؤوس ، فإذا كانوا ثلاثة — لأحدهم النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس . فإذا باع صاحب النصف فلذى الثلث منه ثلثاه وهو ثلث الجميع ولذى السدس ثلثه وهو سدس الجميع فيصير معه ثلث جميع الدار ومع ذى الثلث ثلثاها ، وإذا باع صاحب الثلث فضّ على أربعة سهام فلذى النصف ثلاثة منها ولذى السدس سهم وإذا باع صاحب السدس فض على خمسة أسهم

أو سقطت النون ، والأصل بأن يوقفه .

قوله : [كساعة] : أى فلكية وهى خمس عشرة درجة .

قوله : [إذا لم يوقفه عند حاكم] : أى ويحكم الحاكم بإسقاط شفعته .

وقوله : [ولم يسقط حقه] : معطوف على قوله لم يوقفه : « عند حاكم » والمعنى : أنه تبطل شفاعته بأحد أمرين : إما بإسقاط الحاكم لها أو بشهادة البينة عليه بالإسقاط إن لم يكن حاكم .

قوله : [فيصير معه ثلث جميع الدار] إلخ : أى بانضمام المأخوذ بالشفعة للأصلى .

قوله : [فلذى النصف ثلاثة منها] : أى تضم لنصفه يصير له أربعة أسداس الجميع ونصف سدسه .

وقوله : [ولذى السدس سهم] : أى يضم لسدسه فيصير له سدس الجميع ونصف سدسه .

لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان وسواء فيما ينقسم وما لا ينقسم على القول به ، خلافاً لمن فرق وهو اللخمى وإذا كانت على الأنصباء وباع أحد الشركاء لواحد منهم كما لو باع صاحب النصف لصاحب الثلث (فيُتْرَكُ للمُشْتَرِى حِصَّتُهُ) سهمين من ثلاثة هما ثلثا الجميع وأخذ صاحب السدس سهما هو سدس الجميع .(ومَلَكَهُ) : أى الشفيع ، أى ملك الشقص المباع بأحد أمور ثلاثة :

● (بِحُكْمٍ) من حاكم به بعد ثبوت البيع عنده .

(أوْ دَفْعِ ثَمَنٍ) أو قيمة للشقص لمشتريه .

قوله : [لصاحب النصف ثلاثة] : أى تضم لنصفه فيصير له ثلاثة أسداس الجميع ، وثلاثة أخماس السدس .

وقوله : [ولصاحب الثلث اثنان] : أى يضمان لثلثه فيصير له سدسا الجميع وخمسا السدس .

قوله : [خلافاً لمن فرق] : أى حيث قال إنها على الأنصباء فيما يقبل القسمة ، وعلى الرؤوس فيما لا يقبلها ، والمعتبر فى الأنصباء يوم قيام الشفيع لا يوم شراء الأجنبى خلافاً للخمى أيضاً .

● تنبيه : للشفيع نقص[1] وقف أحدثه المشترى –ولو مسجداً– كهبة وصدقة ، والثمن الذى يأخذه المشترى من الشفيع للموهوب له أو المتصدق عليه إن علم المشترى أن له شفيعاً ؛ لأنه حينئذ دخل على هبة الثمن . فإن لم يعلم فالثمن للمشترى لا للموهوب له – هكذا فى الأصل .

قوله : [كما لو باع صاحب النصف] : أى فى المثال المتقدم .

وقوله : [ثلثا الجميع] : أى يضم لما عنده فيصير له ثلثا الجميع .

وقوله : [هو سدس الجميع] : أى يضم لسدسه الأصلى فيصير له ثلث الجميع .

قوله : [وملكه أى الشفيع] إلخ : سيأتى أنه لا كبير فائدة فى هذه الأمور ، بل المدار على قوله أخذت مع معرفة الثمن كما يأتى فى الشارح .

قوله : [أو قيمة] : أى كما فى المسائل السبع المتقدمة ، وفى البيع الفاسد إذا مضى بالقيمة .

---

(١) هكذا فى الأصل . وإن كان « نقض » أقرب للفهم .

(أَوْ إِشْهَادٍ بِالأَخْذِ) بشفعته ولو فى غيبة المشترى فإذا لم يوجد واحد من هذه الثلاثة لم يدخل الشقص فى ملك الشفيع فلا تصرف له فيه بوجه من وجوه الملك .

* (ولَزِمَهُ) الأخذ (إِنْ قَالَ : أخذت) بالماضى لا بالمضارع ولا باسم الفاعل .

(وعَرَفَ الثَّمَنَ) الواو للحال : أى فى حال معرفته الثمن — لا إن لم يعرفه — فلا يلزمه الأخذ ، وإن كان صحيحاً ، وقيل : بل فاسد لأن الأخذ بالشفعة ابتداء بيع فلابد من علم الثمن وإلا لزم البيع بثمن مجهول فيرد وله الأخذ بعد ذلك ؛ والحاصل أنه إن عرف الثمن وقال أخذت ، أو ما فى معناه ، لزمه الأخذ وسواء حكم له الحاكم به بعد الرفع له أو دفع الثمن أو شهد عليه بذلك فالمدار على إنشاء الأخذ بعد معرفة الثمن فلا كبير فائدة فى قولنا : « وملكه » إلخ . وأصله لا بن شاس تبعه فيه ابن الحاجب والشيخ . ولزم المشترى تسليمه الشقص (إِنْ سَلَّمَ) له الأخذ ، بأن قال — بعد قول الشفيع : أخذت ، وأنا قد سلمت لك ذلك فيتبعه بالثمن المعجل فإن وفى ، وإلا (فَيُبَاع) الشقص أو غيره (للثَّمَنِ) : أى لأجل وفائه (فإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ) بأن امتنع أو سكت بعد قوله : أخذت ،

قوله : [أو إشهاد بالأخذ] : أى وأما الإشهاد بأنه باق على شفعته فلا يملكه بذلك سواء أشهد بذلك خفية أو جهرة ؛ فلو أشهد أنه باق على شفعته ثم سكت حتى جاوز الأمد المسقط حق الحاضر ثم قام بطلبها فلا ينفعه ذلك وتسقط شفعته .

قوله : [ولو فى غيبة المشترى] : أى عند ابن عرفة ، خلافاً لابن عبد السلام حيث قيد بكون الإشهاد بحضرة المشترى ولا يعرف ذلك لغيره . قال بعضهم : ولعل هذا الخلاف مخرج على الخلاف فى أن الشفعة شراء أو استحقاق ، فكلام ابن عرفة على الثانى ، وكلام ابن عبد السلام على الأول .

قوله : [فلا تصرف له فيه بوجه] : أى فلو باع الشفيع الشقص مثلا كان بيعه باطلا .

قوله : [أو غيره] : أى مما هو أولى بالبيع .

قوله : [بأن امتنع أو سكت] : أى المشترى.

وقوله : [بعد قوله أخذت] : أى الشفيع .

(فإنْ عَجَّلَ) الشفيع (الثَّمَنَ) أخذه قهرًا عنه (وإلاَّ) يعجله (أَسْقَطَهَا) أى الشفعة (الحَاكِمُ) ولا يباع الشقص . وهذا إنما يكون فى الثمن الحالّ لا المؤجل ، وحاصله : أنه إذا عجل الثمن فلا كلام للمشترى وأخذ منه جبراً و إن لم يسلم ، وإن لم يعجله فإن سلم أجل للوفاء باجتهاد الحاكم ولا نقض للشفعة ثم يبيع من ماله ما يوفى به الثمن ولو الشقص ، والأوْلى تقديم ما هو الأولى بالبيع وإن لم يسلم ولم يعجل أجّلَ بالاجتهاد فإن مضى الأجل ولم يأت به فله البقاء على طلب الثمن فيباع له مال الشفيع للوفاء ، وله أن يبطل أخذه : بالشفعة .

(وإنْ قَالَ) الشفيع : (أنا آخُذُ) بالمضارع أو باسم الفاعل (أُجِّلَ ثَلاَثًا) أى ثلاثة أيام (للنَّقْدِ): أى لإحضاره ، فإن أتى به فيها (وإلاَّ سَقَطَتْ) شفعته ولا قيام له بها بعد ذلك .

قوله : [لا المؤجل] : أى فالمطالبة والإسقاط لا يكونان فى المؤجل بل يسلم له الشقص ويمهل للأجل إن كان مليئاً أو ضمنه ملىء .

قوله : [وأخذ] : أى الشقص .

وقوله : [منه] : أى المشترى.

قوله : [وإن قال الشفيع أنا آخذ] : أى والحال أن المشترى سلم له الأخذ . وأما إن سكت المشترى أو أبى ، فإن عجل الشفيع الثمن أخذه المشترى جبراً ، وإلا أبطلت شفعته حالا فيهما ورجع الشقص للمشترى .

● **تنبيه** : إن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص المشتراة فى أماكن مختلفة واتحد المشترى ، كأن يكون لثلاثة شركة مع رابع – هذا فى بستان وهذا فى دار وهذا فى دار أخرى – فباع الثلاثة أنصباءهم لأجنبى صفقة واحدة وأراد الرابع الأخذ بالشفعة لم تتبعض ؛ بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع إذا امتنع المشترى من ذلك كتعدد المشترى على الأصح . والمسألة بحالها من اتحاد الصفقة كما إذا وقع الشراء لجماعة فى صفقة واحدة وتميز لكل ما يخصه تعدد البائع أو اتحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع إلا أن يرضى من يريد الأخذ منه وهذا مذهب ابن القاسم فى المدونة ، وكما إذا أسقط بعض الشفعاء حقه من الأخذ

• (وَقُدِّمَ) فى الأخذ بالشفعة (الأَخَصُّ) فى الشركة على غيره : (وَهُوَ المُشَارِكُ فى السَّهْمِ) : أى الفرض كالثلث بالنسبة للإخوة لأم والثلثين بالنسبة للأختين (وإنْ كَأُخْتٍ لأب مَعَ شَقِيقَةٍ) : لأنهما شريكتان فى الثلثين وإن كانت الشقيقة لها النصف ؛ إذ هو ليس بفرض مستقل عند الاجماع . فإذا باعت إحدى الأختين نصيبها فالشفعة للأخرى دون غيرها من الشركاء الوارثين أو غير الوارثين . ودخل تحت الكاف : بنت ابن مع بنت فأولى التساوى كأختين شقيقتين أو لأب أو بنتين أو بنتى ابن وهو ما قبل المبالغة .

* (وَدَخَلَ) الأخص (عَلَى الأَعَمِّ) : وهو غير المشارك فى السهم ، فيشمل الغاصب وغيره . فإذا مات عن بنت فأكثر وعن أخوين أو عمين فباع أحد الأخوين ، فإن البنات يدخلن فى الشفعة ولا يختص بالأخ أو العم الذى لم يبع . وكذا إذا مات

أو غاب فيقال الباقى إما أن تأخذ الجميع أو تترك الجميع وليس له أخذ حقه فقط إلا برضا المشترى ، وكذلك لو أراد المشترى التبعيض وأبى الشفيع فالقول للشفيع فعلم أن القول لمن أراد عدمه فإن رضى به جاز وعمل به ، وإذا قلنا بأخذ الجميع فى مسألة الغائب وحضر الغائب فله حصته على تقدير لو كان حاضراً مع الآخذ فقط لا حصته على تقدير حضور الجميع فلا ينظر لنصيب من بقى غائباً ، فإن حضر ثالث أخذ منهما على تقدير أن الشفعة لثلاث ويقطع النظر عن الغائب الرابع ، فإذا قدم أخذ منهم على تقدير أن الشفعة لأربع وهكذا (اه من الأصل) .

قوله : [على غيره] : أى كان ذلك الغير صاحب سهم أولا .

قوله : [وهو المشارك فى السهم] : لا مفهوم له بل قد يكون أخص بالنسبة لقربه من الميت كما فى مثال التوضيح الآتى فتأمل .

قوله : [وإن كأخت لأب] : أى خلافاً لأشهب .

قوله : [وغيره] : أى وهو الموصى لهم والأجانب .

قوله : [وكذا إذا مات] : إلخ : مثال آخر قصد به بيان دخول الأخص على الأعم ، وعدم دخول الأعم على الأخص .

عن بنات ماتت إحداهن عن أولاد ، فإذا باعت إحدى البنتين دخل مع الأخرى أولاد الميتة . وإذا باع واحد من أولاد الميتة لم يدخل فى حصته واحدة من الخالات ، لأن الأعم لا يدخل مع الأخص . وإنما كان أصحاب الوراثة أخص لأنهم أقرب للميت الثانى . قال فى التوضيح : لو حصلت شركة بوراثة عن وارثه لكان أهل الوراثة السفلى أولى — نص عليه فى المدونة . كما إذا ورث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم عن أولاد ، فإنه إذا باع أحد الأولاد كان إخوته أولى ثم الأعمام (اهـ). أى ولو باع الأعمام لدخل أولاد أخيهم معهم ولا يختص بقية الأعمام.

(كَوَارِثٍ) ذى سهم أو عاصب فإنه يدخل (عَلَى مُوصًى لَهُمْ) بعقار باع أحدهم ، فلا يختص بالشفعة بقية الموصى لهم بل يدخل معهم الوارث ، ومفهومه أن الموصى لهم لا يدخلون مع الوارث إذا باع أحد الورثة وهو قول ابن القاسم لأنهم كأعم مع أخص .

(ثُمَّ) قدم (الوَارِثُ مُطْلَقًا) كان ذا فرض أو عاصباً على أجنبى ؛ كثلاثة شركاء فى عقار مات أحدهم عن ورثة فباع أحد الورثة مانابه فإن الوارث يقدم على الأجنبى . فإذا كان البائع مشاركاً لغيره فى سهم قدم مشاركه على غيره وإلا كانت الورثة فيه سواء .

(ثم الأَجْنَبِيُّ) : إن أسقط الوارث حقه ؛ فإذا كانت دار بين اثنين مات أحدهما عن زوجتين وأختين وعمتين فإذا باعت إحدى الزوجتين أو الأختين اختصت الأخرى بالشفعة فإن أسقطت حقها

قوله : [عن بنات] : أى ثلاث بدليل ما بعده .

وقوله : [عن أولاد] : أى اثنين فأكثر .

قوله : [أو عاصب] : هكذا بالجر والأظهر نصبه عطفاً على ذا وجره محوج لتكلف .

قوله : [وإلا كانت الورثة] : أى سواء كانوا أصحاب فرض أو تعصيب .

قوله : [اختصت الأخرى] : أى الزوجة الأخرى فى المسألة الأولى ، أو الأخت الأخرى فى المسألة الثانية .

وقوله : [فإن أسقطت حقها] : الضمير يعود على من ذكر من إحدى

فالشفعة للأختين أو الزوجتين والعمين دون الموصى لهم والأجنبى . فإن أسقطوا حقهم فللموصى لهم دون الأجنبى فإن أسقطوا فللأجنبى فالمراتب أربعة على الراجح ، وقيل: خمسة ، المشارك فى السهم فذوا الفرض فالعاصب فالموصى له فالأجنبى — وعليه فلو أسقطت إحدى الزوجتين حقها انتقل الحق للأختين فإن أسقطا فللعمين فإن أسقطا فللموصى له فإن أسقط فالأجنبى .

● (و) لو تعدد البيع (أَخَذَ) الشفيع (بِأَىِّ بَيْعٍ) شَاءَ منها ، (وعُهْدَتُهُ) : أى درك المبيع من عيب أو استحقاق طرأ (عَلَى مَنْ أَخَذَ) الشفيع (بِبَيْعِهِ) فكتب الوثيقة عليه ، ويرجع عليه عند ظهور عيب أو استحقاق . وقيد كلامه بقوله :

(إلاّ إذا حَضَرَ) الشفيع (عَالِمًا بالبَيْعِ) الثانى أو الثالث إن حضر عالما (فبالأَخِيرِ) يأخذ لا بغيره ؛ لأن حضوره عالماً يسقط شفعته من الأول (ودَفَعَ الثَّمَنَ لمنْ أَخَذَ) الشفيع (منْ يَدِهِ) الشقص وإن أخذ ببيع غيره (وَلَوْ)

الزوجتين أو الأختين .

وقوله : [فالشفعة للأختين] إلخ : مفرع على ما قبله على سبيل اللف والنشر المرتب ، والمعنى :أنه إذا أسقطت إحدى الزوجتين حقها فالشفعة للأختين مع العمين ، وإن أسقطت إحدى الأختين حقها فالشفعة للزوجتين مع العمين .

وقوله : [دون الموصى لهم والأجنبى] : أى فالشفعة لمن ذكر غير الموصى لهم والأجنبى فلا شفعة للموصى لهم والأجنبى مع وجود من ذكر .

قوله : [فالمراتب أربعة] : المناسب أربع أى وهى : ذو السهم ، والوارث كان ذا فرض أو عاصباً والموصى لهم والأجنبى . أى وأن كلا منهم يدخل على من بعده دون العكس ، وقد نصوا على أن وارث كل ينزل منزلته وكذا المشترى من كل منهما ينزل منزلة البائع .

قوله : [فكتب الوثيقة عليه] : يقرأ بالمصدر مفرع على قوله: « وعهدته » ، أى يكتب فى وثيقة الشراء اشترى فلان من فلان الشقص الكائن من محل كذا ، ومن لوازم الشراء منه ضمانه للثمن إذا استحق أو ظهر به عيب .

قوله : [إلا إذا حضر الشفيع عالماً] : حاصله أن محل كون الشفيع يأخذ بأى

كان ما أخذ به (أَقل) ثمناً ، فلو باعه الأول بعشرة والثانى بخمسة عشر فإذا أخذ بالأول دفع له عشرة (ثم يَرْجِع) من أخذ منه (بالزَّائِدِ له) وهو الخمسة (علَى بَائِعِهِ) يقول له : دفعت لك ثمن الشقص خمسة عشر أخذت من الشفيع عشرة فرد لى الخمسة (كما يرُدُّ) من أخذ الشقص منه (مَا زَادَ) على ما غرمه (إنْ كَانَ) الثمن الذى دفع له (أكْثَرَ) مما اشترى به . كعكس المثال المتقدم ؛ كما لو باعه الأول بخمسة عشر وباعه الثانى بعشرة وأخذ الشفيع بالبيع الأول ، فإنه يدفع للثانى لكونه أخذ من يده خمسة عشر يأخذ منها لنفسه عشرة التى دفعها لبائعه ويرد له ما زاد وهو الخمسة ؛ فإن أخذ الشفيع فى هذا المثال بالبيع الثانى دفع له العشرة التى اشترى بها وهو ظاهر كما لو تساوى الثمنان. وعلى كل حال يدفع الشفيع الثمن الذى أخذ به لمن أخذ الشقص من يده قل أو كثر ولو أخذ ببيع غيره كما تقدم .

* (ونُقِضَ مَا بَعْدَهُ) : أى ما بعد البيع الذى أخذ به . ومعنى نقضه : تراجع الأثمان ويثبت ما قبله اتفقت الأثمان أو اختلفت . فإن أخذ بالأخير ثبتت البياعات كلها ولا تراجع ، وإن أخذ بالأول نقض جميع ما بعده وإن أخذ : بالوسط ثبت ما قبله ونقض ما بعده . فإن اتفقت الأثمان فالأمر ظاهر وإن اختلفت فوجه التراجع ما ذكرنا والله أعلم . .

بيع شاء إذا تعددت البياعات إذا لم يعلم بتعددها أو علم وهو غائب ، وأما إذا علم بها وكان حاضراً فإنما يؤخذ بالأخير ، لأن سكوته مع علمه بتعدد البيع دليل على رضاه بشركة ما عدا الأخير.

قوله : [كما لو تساوى الثمنان] : أى أو الأثمان .

قوله : [وثبت ما قبله] : أى من البياعات بإجازة الشفيع له ، وهذا بخلاف الاستحقاق إذا تداول الشيء المستحق الأملاك ، فإن المستحق إذا أجاز بيعاً صح ما بعده من البياعات ونقض ما قبله : والفرق أن المستحق إذا أجاز بيعاً أخذ ثمنه وسلم فى الشيء المستحق فمضى ما انبنى على ما أجازه ، وأما الشفيع إذا اعتبر بيعاً وعول عليه أخذ نفس الشقص لنفسه فنقض ما بعده ظاهر .

* (والغَلَّةُ قبلَهَا) : أى قبل الشفعة أى الأخذ بها (للمُشْتَرِى) : لأن الضمان منه والغلة بالضمان .

* (وتَحتمَ عَقْدُ كِرَائِهِ) : أى المشترى : أى كرائه الشقص قبل الأخذ بالشفعة فليس للشفيع فسخه (عَلَى الأَرْجَحِ) من التردد . وعليه : (فالكِرَاءُ له) : أى للمشترى بعد الأخذ بالشفعة لا للشفيع ، وهذا ظاهر فيما إذا كان وجيبة أو نقَدَ المكرى الكراء . وظاهره : ولو طالت المدة كعشرة أعوام وبه وقعت الفتوى لأنها كعيب طرأ . وقيل : إن كانت المدة قليلة كالسنة والسنتين ، لما فى الطويلة من الضرر . ومقابل الأرجح : له فسخه مطلقًا ، فإن أمضاه الشفيع فالأجرة فى المستقبل له . قال بعضهم: والخلاف فيما إذاعلم أن له شفيعاً وإلا فسخ له قطعا .

* (ولا يَضْمَنُ) المشترى (نَقْصَه) : أى نقص الشقص إذا طرأ عليه بعد الشرء بلاسبب منه بل بسماوى ، أو بسبب منه لمصلحة ، كهدم لمصلحة من غير بناء ، بدليل ما سيأتى . وسواء علم أن له شفيعًا أم لا ، فإنْ هدم

قوله : [والغلة قبلها]إلخ : أى فغلة الشقص الذى استغلها المشترى قبل الأخذ بالشفعة يفوز بها ولو،علم أن له شفيعاً كمايأتى وأنه يأخذ بالشفعة لأنه مجوّز لعدم أخذه فهو ذو شبهة .

قوله : [وتحتم عقد كرائه] : أى بناء على أن الأخذ بالشفعة بيع . ومن المعلوم أن من اشترى داراً مكتراة فلا ينفسخ كراؤها والأجرة لبائعها ولا يقبضها المشترى إلا بعد مضى الكراء على ما أفاده الشارح .

قوله : [ومقابل الأرجح له فسخه] إلخ : أى بناء على أن الأخذ بالشفعة استحقاق ، ومن المعلوم أن من استحق داراً فوجدها مكتراة كان له أخذها ونقض الكراء ، ويرجع المكترى بأجرته على المكرى ، وله إمضاء الكراء وتكون الأجرة له .

قوله : [قال بعضهم والخلاف] إلخ: قال (بن):هذا إذا علم المبتاع أن له شفيعاً وإلا فلا يفسخ إلا فى الوجيبة الطويلة ، وأما فيما يتقارب كالسنة ونحوها فذلك نافذ لأنه فعل ما كان له جائزاً .

قوله : [كهدم لمصلحة] : أى بأن هدم ليبنى أو لأجل توسعة .

قوله : [بدليل ما سيأتى] : المناسب حذفه لأن هذه العبارة لا تقال إلا إذا

لا لمصلحة ضمن . فإن هدم وبنى فله قيمته على الشفيع قائمًا لعدم تعديه. قال فى المدونة: فإن بنى قيل للشفيع: خذه بجميع الثمن وقيمة ماعمر فيها، أشهب: وتعتبر يوم القيام وله قيمة النقض الأول منقوضًا يوم الشراء ، فيقال : كم قيمة العَرْصَة بلا بناء ، وكم قيمة النقض ؟ ثم يقسم الثمن على ذلك فإن وقع منه النقض — نصفه أو ثلثه — فهو الذى يحسب به للشفيع على المشترى ويحط عنه من الثمن ويغرم ما بقى مع قيمة البناء قائمًا (اهـ) وانظر الأجوبة عن السؤال الوارد هنا فى كلام المصنف .

كان الآتى فى المتن .

قوله : [لا لمصلحة] : أى بل عبثاً .

قوله : [ضمن] : أى فيحط عن الشفيع من الثمن بنسبة ما نقصته قيمة الشقص بالهدم عن قيمته سليماً سواء علم أن له شفيعاً أم لا ، ولا يقال: كيف يضمنه مع أنه لم يتصرف إلا فى ملكه؟ لأنه — لما أخذ الشفيع بشفعته — آل الأمر إلى أنه تصرف فى غير ملكه .

قوله : [وله قيمة النقض] : أى للشفيع .

قوله : [فيقال كم قيمة العرصة بلا بناء] : فيقال خمسون مثلا .

وقوله: [وكم قيمة النقض] : أى فيقال خمسون أيضاً .

قوله : [فهو الذى يحسب به للشفيع] إلخ: فلو كان الثمن فى المثال مائة وقيمة البناء قائماً ستون مثلا فإنه يدفع قيمة البناء قائماً وهو ستون وخمسون التى تنوب العرصة ، ويسقط عنه ما يخص النقض من الثمن وهو خمسون لا يطالب بها الشفيع لكون المشترى جعله فى البيت مثلا فيصير الشفيع غارماً مائة وعشرة .

قوله : [وانظر الأجوبة عن السؤال] : إلخ: أى عن سؤال سأله بعض الأشياخ لمحمد بن المواز حيث كان يقرأ فى جامع عمرو بن العاص فقال له السائل : كيف يمكن إحداث بناء فى مشاع مع ثبوت الشفعة والحكم بقيمة البناء قائماً؟ لأن الشفيع إما أن يكون حاضراً ساكتاً عالماً فقد أسقط شفعته أو غائباً فالبانى متعد فى بنائه فليس له إلا قيمة بنائه منقوضاً؛ فمن الأجوبة: أن الأمر محمول على أن الشفيع كان غائباً والعقار لشركائه فباع أحدهم حصته لشخص أجنبى وترك

(وإن اخْتَلَفَا) : أى الشفيع والمشترى (فى الثَّمَنِ) الذى اشترى به الشقص فقال المشترى : بعشرة وقال الشفيع : بثمانية (فالقَوْلُ للمُشْتَرِى بيَمين إنْ أشْبَهَ) أشبه الشفيع أم لا (وإلاّ) يشبه ، بأن ادعى ما الشأن أن لا يكون ثمنًا لذلك الشقص (فللشّفيعِ) القول ، أى : إن أشبه بدليل قوله : (وإنْ لَمْ يُشْبِهَا) معاً (حَلَفَا) : أى حلف كل على مقتضى دعواه ورد دعوى صاحبه (وَرُدَّ) الثمن (إلى) القيمة (الوَسَطِ) بين الناس (كَأَنْ نَكَلاَ معاً) . ونكولهما كحلفهما وقضى للحالف على الناكل . قال ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه ، وقال غيره: أعدلُ الأقوال : سقوطُ الشفعة كنسيان الثمن .

الحاضرون الأخذ بالشفعة وطلبوا المقاسمة مع المشترى ، فقاسم وكيل الغائب الغير المفوض عنه أو القاضى بعد الاستقصاء وضرب الأجل ،وذلك لايسقط شفعة الغائب ، فهدم المشترى وبنى ثم قدم الغائب فله الأخذ بالشفعة ويدفع قيمة بناء المشترى قائماً ، لأنه غير متعد . ومنها : أن يترك الشفيع شفعته لإخبار من أخبره بكثرة الثمن ، فلما هدم المشترى وبنى تبين الكذب فى الثمن فإنه يستمر على شفعته ويدفع للمشترى قيمة البناء قائماً. والموضوع أن المخبر بكثرة الثمن غير المشترى وإلافقيمة البناء منقوضاً . قال الخرشى :وينبغى أن يكون الكذب فى المشترى — بالفتح — أو الكسر أو انفراده كالكذب فى الثمن . ومنها أن المشترى اشترى الدار كلها فهدم وبنى ثم استحق شخص نصفها مثلا وأخذ النصف الآخر بالشفعة فإنه يدفع للمشترى قيمة بنائه قائماً .

قوله : [ورد الثمن إلى القيمة الوسط]: أى وهى قيمة الشقص يوم البيع .

● خاتمة : إن استحق الثمن المعين من البائع أو ردّ بعيب بعد الأخذ بالشفعة رجع البائع على المشترى بقيمة شقصه لا بقيمة الثمن المستحق أو المردود بالعيب ، ولوكان الثمن المعين مثليا ، إلا النقد المسكوك فثله . وإن وقع البيع بغير معين رجع بمثله ولو مقوماً لا بقيمة الشقص . وعلى كل لا ينتقض ما بين الشفيع والمشترى. وإن وقع الاستحقاق أو الردّ بالعيب فى الثمن المعين قبل الأخذ بالشفعة بطلت لفسخ البيع .

ولما كانت القسمة من تعلقات الشركة كالشفعة ناسب أن يذكرها عقبها فقال :

قوله : [ناسب أن يذكرها] : أى القسمة .

وقوله : [عقبها] : أى الشفعة .

ومعنى هذا الدخول أنه لما كان كل من القسمة والشفعة تابعاً للشركة ذكرهما متواليين بعدها .

باب
فى القسمة وأقسامها وأحكامها

● (القِسْمَةُ) : أى حقيقتها عرفًا : (تَعْيِينُ) : أى تميز (نَصِيبِ كلّ شَرِيكٍ) من الشركاء — كثروا أو قلوا (فى مُشَاعٍ) عقار أو غيره (وَلَوْ) كان التعيين المذكور (باختِصَاصِ تَصَرُّفٍ) فيما عين له مع بقاء الشركة فى الذات ؛ كأن يختص كل بدابة من الدواب المشتركة أو بجهة من الدار مع كونها بينهم ، فإنه من القسمة الشرعية ولذا قال :

● (وهِيَ) أى القسمة أقسام (ثَلاَثَةٌ) :

باب :

أى حقيقتها ، وبينها بقوله : القسمة تعيين نصيب كل شريك إلخ ، وقوله : [وأقسامها] : أى الثلاثة وبينها بقوله : « وهى ثلاثة » إلخ ، والمراد بأحكامها مسائلها .

قوله : [أى حقيقتها عرفاً] : أى وأما لغة فقال الجوهرى : قاسمه المال وتقاسماه واقتسماه بينهما بمعنى واحد، والاسم القسمة مؤنثة ، وإنما ذكرت فى قوله تعالى : (فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ) بعد قوله : (وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ) لأنها فى الميراث والمال ، فالتذكير باعتبار متعلقها أو الضمير يرجع للقسمة لا بالمعنى المتقدم ، بل بمعنى المقسوم . وقال فى المغرب : القَسم — بالفتح — قسم القسام المال بين الشركاء فرّقه بينهم وعين أنصباءهم ، ومنه القسم بين النساء والقِسم — بالكسر — : النصيب .

قوله : [فى مشاع] : متعلق بتعيين والمعنى : فى مشترك مشاع أى : لكل واحد جزء شائع فى جميع أجزاء الشىء المملوك فيصير ذلك الجزء معيناً ؛ إما فى جهة إن كان عقاراً ، أو فى ذات إن كان غيره ، أو فى أيام إن كانت القسمة مهايأة .

قوله : [ولذا قال] : أى ولأجل أن التعريف شامل للتعيين باختصاص التصرف مع بقاء الذات قسمها ثلاثة أقسام بقوله وهى إلخ .

● الأول : (مُهَايَأَةٌ) : أي قسمة مهايأة ؛ لأن كل واحد هيأ لصاحبه ما ينتفع به . ويقال : تهايؤ بياء تحتية قبل الهمزة ،وبه عبر المصنف . ويقال : أيضاً تهانُؤ بنون قبل الهمزة ويحتمله كلامه من المهانأة ؛ لأن كل واحد هنأ صاحبه بما دفعه له للانتفاع به ، وهذا القسم هو ما بعد المبالغة كما بينه بقوله :

(وهِيَ) أي قسمة المهايأة (اخْتِصَاصُ كُلِّ شَرِيكٍ عَنْ شَرِيكِهِ) في شيء متحد — كعبد أو دار — أو متعدد — كعبدين أو دارين — (بمَنْفَعَةِ) شيء (مُتَّحِدٍ) كعبد بينهما يستخدمه أحدهما شهراً والثاني شهراً مثلا ،أو دار يسكنها أحدهما مدة والثاني مثلها (أو مُتَعَدِّدٍ) كدارين أو عبدين يأخذ واحد منهما داراً أو عبداً والثاني يأخذ الآخر ،أو دار وعبد بينهما يأخذ أحدهما الدار يسكنها ويأخذ الثاني العبد يستخدمه (في زَمَنٍ) معلوم . فتعيين الزمن شرط : إذ به يعرف قدر الانتفاع ، وإلا فسدت اتفاقاً في المتحد وعلى طريقة ابن عرفة في المتعدد ، ويظهر من كلام بعضهم ترجيحها . وطريقة ابن الحاجب وابن عبد السلام : أنه لا يشترط تعيينه في المتعدد ؛ وعليها فإن عَيَّنَ فلازمة ،

قوله : [مهايأة] : أي وهي الإعداد بكسر الهمزة والتجهيز ،يقال هيأ الشيء لصاحبه أعده وجهزه له .

قوله : [وبه عبر المصنف] : أي خليل .

قوله : [بنون] : أي مضمومة،ويجوز قلب الهمزة بعدها ياء وحينئذ تقلب ضمة النون كسرة،ويقال أيضاً بالباء ؛ لأن كل واحد وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة ، ويجوز قلب الهمزة ياء بعد الباء الموحدة كما تقلب بعد النون، ويقال فيها ما قيل في النون . فتحصل أن جملة الصور ثمان : مهايأة بالياء التحتية ومهانأة بالنون ، ومهابأة بالباء الموحدة، وتهايؤ بالياء مع الهمزة ، وتهانؤ بالنون المضمومة مع الهمزة أو المكسورة مع الياء ، وتهابؤ بالباء الموحدة المضمومة مع الهمزة أو المكسورة مع الياء فتأمل .

قوله : [ويحتمله كلامه] : أي كلام خليل لأن الرسم واحد .

قوله : [وعليها فإن عين فلازمة] : أي فالتعيين شرط في لزومها . فتحصل مما قال الشارح أنه إن عين الزمن صحت ولزمت في المقسوم المتحد

وإلا فلكل الفسخ متى شاء . وهل يشترط اتحاد الزمن كشهر وشهر أولا ؟ قولان .

* ثم شرع فى أمثلة ذلك مع بيان ما يشترط فيها من عدم طول الزمن فى الحيوان بقوله :

(كَخِدْمَةِ عَبْدٍ ورُكُوبِ دَابَّةٍ) فى زمن معين يوماً أو جمعة بل (وَلَوْ كَشَهْرٍ) لا أكثر ، لأن الحيوان يسرع له التغير بخلاف العقار (وسُكْنَى دَارٍ) يسكنها كل مدة معينة (وزَرْعِ أَرْضٍ) مأمونة بينهما يزرعهما كل مدة معينة (ولو سِنِينَ) كثيرة ، بخلاف غير المأمونة فلا يجوز قسمها مهايأة ؛ لأنها كالإجارة يمنع فيها الغرر ، فعلم أن شرطها تعيين الزمن وانتفاء الغرر . ولذا لم يجز طول الزمن فى الحيوان ونحوه كالثوب ، ولم يجز فى أرض الزراعة الغير المأمونة . وهى من العقود اللازمة ، فليس لأحدهما فسخها إذا تراضيا على شىء وقعت صحيحة إلا برضاهما أو رضاهم إن كانوا جماعة ، وإلى ذلك أشار بقوله :

* (ولَزِمَتْ) وقوله (كالإجَارَةِ) : أى فى تعيين الزمن واللزوم . وشرطها أيضاً أن تكون فى منفعة كركوب وسكنى كما تقدم فى تعريفها .

(لا) فى (غَلَّةٍ) : أى كراء ؛ كأن يأخذ كل منهما كراء الدابة أو الدار مدة

والمتعدد ، وإن لم يعين فسدت فى المتحد اتفاقاً وفى المتعدد خلاف ، فابن الحاجب يقول بصحتها وإن كانت غير لازمة ، وابن عرفة يقول بفسادها .

قوله : [لأن الحيوان يسرع له التغير] : أى ولأن المدة التى يقع القبض بعدها هنا كالمدة فى الإجارة ؛ فكما لا يجوز إجارة عبد معين على أن يقبض أكثر من شهر لا يجوز فى المهايأة أن يستعمله أكثر من شهر .

قوله : [يزرعهما] : هكذا نسخة المؤلف بالتثنية والمناسب إفراد الضمير .

قوله : [أى فى تعيين الزمن واللزوم] : الأولى أن يقول فى اللزوم عند تعيين الزمن .

قوله : [لا فى غلة] : معطوف على محذوف قدره الشارح بقوله : وشرطها أيضاً أن تكون فى منفعة إلخ ويستثنى من قوله لا فى غلة اللبن . فيجوز إن حصل فضل بين وسيأتى ذلك .

معينة (وإنْ يَوْمًا) لكل واحد ، فلا يجوز للغرر ، إذ يحتمل ألا تكرى في ذلك الزمن أو يقل كراؤها فيه .

● (و) القسم الثاني : (مُرَاضَاةٌ) : بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئًا مما هو مشترك بينهم يرضى به بلا قرعة . وقوله : (فكَالْبَيْعِ) : أشار به إلى أن من رضي بشيء منه ملك ذاته وليس له رده إلا بتراضيهما كالإقالة ، ولا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلا مقومًا . وقد يتسامح فيها مالا يتسامح في البيع كما يؤخذ مما يأتي (اتَّحَدَ الجِنْسُ) : كثياب أو عبيد (أو اخْتَلَفَ) : كثوب وعبد كما يظهر بالأمثلة .

(فَيَجُوزُ) فيها (صُوفٌ) : أي الرضا بأخذ صوف (على ظَهْرٍ) : أي ظهر الغنم في نظير شيء آخر يأخذه صاحبه صوفًا أوغيره (إنْ جُزَّ) الصوف : أي إن دخلوا على جزه (بقُرْبٍ كنِصْفِ شَهْرٍ) فأقل، وإلا منع لما فيه من معين يتأخر قبضه فيكون من السلم في معين وهو ممنوع .

(و) جاز (أخذ أحدهما) : أي الشريكين كوارثين (عَرْضًا) حاضراً ، كثوب وعبد (وآخَرَ دَيْنًا) على مدين يتبع به المدين إن كان حاضراً مقرًّا به

قوله : [إلا إذا أدخلا مقوماً] : أي فإن أدخلا مقوماً رد فيها بالغبن إلحاقاً لها بالقرعة مالم يطل الزمان وإلا فلا رد .

قوله : [وقد يتسامح فيها ما لا يتسامح في البيع] : أي ولذلك شبهها بالبيع ولم يطلق عليها بيعاً حقيقة .

وقوله : [كما يؤخذ ممايأتي] : أي في مسائل الباب التي ذكرها خليل وشراحه وإن لم يصرح بها شارحنا ؛ كجواز قسم القفيز ليأخذ أحدهما ثلثية والآخر ثلثه بالتراضي منهما فلو كانت بيعاً حقيقة لما جاز ذلك وأيضاً يجوز فيها قسمة ما أصله أن يباع مكيلا كصبرة قمح مع ما أصله أن يباع جزافاً كفدان من أرض مع خروج كل منهما عن أصله ، ويجوز قسم ما زاد غلته على الثلث على أحد القولين ولم يجيزوا بيعه .

قوله : [إن كان حاضراً] إلخ : أي إلى آخر شروط بيع الدين، وهي كما قاله المصنف فيما تقدم : وشرط بيع الدين : حضور المدين، وإقراره ، وتعجيل الثمن، وكونه

تأخذه الأحكام وهو معنى قوله : «إن جاز بيعه» أى الدين ، لا إن لم يجز .

(و) جاز (أَخْذُهُ قُطْنِيَّةً) كفول (والآخَر) قمحاً أو شعيراً إذا كان يداً بيد ، وإلا منع لما فيه من ربا النسيئة . ولا يجوز ذلك فى القرعة لأنها لا يجمع فيها بين صنفين كما يأتى وكذا التى قبلها وأما أخذ كل دينار على غريم فلا يجوز فى المراضاة ولا فى القرعة لما فيه من بيع دين بدين ،وأما المسألة الأولى فيجوز فى القرعة ولو تأخر الجزّ أكثر من نصف شهر بناء على أنها تمييز حق إذا قابل الصوف صوفاً مثله إذ لابد فيها من اتحاد الصنف .

* (و) جاز (خِيَارُهُ) : أى خيار أحدهما أو خيارهما معاً كالخيار فى البيع المتقدم ذكره فى باب الخيار من المدة المذكورة هناك ، وهى تختلف باختلاف المبيع من عقار وغيره ومما يعد رضا وغير ذلك كما تقدم ، فقوله : (كالبيع) راجع للثلاث مسائل قبله فيفيد القيود المذكورة فى كل؛ فقوله : «وأخر ديناً» أى إن جاز بيعه كالبيع وقوله : «قطنية» إلخ أى إن كان مناجزة كالبيع ، وقوله «خياره» أى إن وجد شرطه المتقدم كالبيع . على أن قوله أولا : «فكالبيع» يفيدها عند التأمل إلا أنه لما كان الشأن أنه قد يغفل عنه أتى به زيادة للإيضاح

من غير جنسه أو بجنسه واتحد قدراً وصفة ، وليس ذهباً بفضة وعكسه ولاطعام معاوضة (اه) .

قوله : [وكذا التى قبلها] : أى وهى أخذ أحدهما عرضاً والآخر ديناً .

قوله : [أى خيار أحدهما أو خيارهما] : أخذ التعميم من إضافة خيار للضمير والضمير عائد على الأحد الدائر .

قوله : [من عقار وغيره] : أى وتقدم أنها فى العقار منتهاها ستة وثلاثون يوماً وفى الرقيق عشرة وفى العروض خمسة كالدواب إلا ركوبها فى البلد فاليومان وخارجه فالبريدان .

قوله : [ومما يعد رضا] : أى لقول المصنف فيما تقدم : وانقطع ، بما دل على الإمضاء أو الرد وبمضى زمنه ، فيلزم المبيع من هو بيده وله الرد فى كالغد ولا يقبل منه بعده أنه اختار أو رد إلا ببينة ؛ فالكتابة والتدبير والتزويج والتلذذ والرهن والبيع والتسوق والوسم وتعمد الجناية والإجارة من المشترى رضاً ومن البائع رد ،

والخيار المذكوركما يجوز فى المراضاة يجوز فى القرعة أيضاً .

(و) جاز (أَخْذُ كُلٍّ) من الشريكين (أَحَدَ مُزْدَوَجَيْنِ) : كخف ونعل لما فى الرضا من التسامح .

● (و) القسم الثالث : (قُرْعَةٌ) : أى قسمة قرعة ، وهى المقصودة من هذا الباب ؛ لأن المهايأة فى المنافع كالإجارة وقسمة المراضاة فى الذات كالبيع ، ولكل من الإجارة والبيع باب يخصه وقسمة القرعة : تمييز حق فى مشاع بين الشركاء ، لا بيع ؛ فلذا يردّ فيها بالغبن ولا بد فيها من مقوم ويجبر عليها من أباها ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين .

(فَيُفْرَدُ) فيها (كلُّ نَوْعٍ أو صِنْفٍ) ليقسم على حدته من عقار أو حيوان أو عرض ، احتمل القسمة فى ذاته أولاً . قال ابن رشد : لا يجمع فى القسمة بالسهم ، الدور مع الحوائط ، ولا مع الأرضين ، ولا الحوائط مع الأرض ؛ بل يقسم كل شىء من ذلك على حدته ؛ كما أشار له بقوله :

(كَدُورٍ وأَقْرِحَةٍ) : يفرد كل منهما على حدته ليقسم والأقرحة جمع قراح بالفتح وتخفيف الراء : أرض الزراعة .

إلا الإجارة (اهـ) .

قوله : [يجوز فى القرعة أيضاً] أى بخلاف المسألتين قبلها .

قوله : [كخف ونعل] : أى يأخذ أحدهما فردة خف والآخر الفردة الأخرى والنعل كذلك ، وأدخلت الكاف المصراعين والقرطين ، بخلاف قسم الأم العاقلة من ولدها قبل الإثغار فلا يجوز التراضى على ذلك لا فى البيع ولا فى القسمة .

قوله : [فلذا يرد فيها بالغبن] : أى ولو كانت بيعاً لم يردّ فيها بالغبن ؛ لأن الغبن لا يردّ به .

قوله : [من مقوم] : بكسر الواو اسم فاعل : وهو المعدل للأنصباء .

قوله : [ويجبر عليها من أباها] : أى ولو كانت بيعاً فلا يجبر عليها من أباها ؛ لأن البيع لابد فيه من رضا المتبايعين .

قوله : [بالسهم] : المراد به القرعة .

قوله : [يفرد كل منهما] : أى من الدور أو الأقرحة .

● (فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ) قسمه ؛ كنخلة وعبد ودار صغرت وحمام ، (بِيعَ) وقسم ثمنه .

(ويُقَسَّم العقارُ والمُقَوَّمُ بالقيمَةِ) لا بالمساحة ولا بالعدد ، فقد يكون فدان أو عبد أو ثوب قيمته عشرة وقيمةُ الآخر مائة لجودته والرغبة فيه فقد يقابل شيء بمثله أو أكثر ، إلا أن يكون أرض أو غيرها مستوية جودة أو رداءة ورغبة فلا يحتاج لتقويم بل تقسم بالمساحة أو العدد — وأما المثلى — كالدراهم والدنانير والحبوب والقطن والحديد — فإنها تقسم بالعدد أو الكيل أو الوزن ولا تحتاج لقرعة . وقيل : يجوز قسمة بالقرعة أيضاً ولا وجه له إلا فى نحو حلى .

* (وكَفَى قَاسِمٌ) واحد ؛ لأن طريقة الإخبار كالقائف والطبيب والمفتى (بِخِلاَفِ المُقَوِّمِ) للمتلفات فلابد من التعدد ؛ لأنه يترتب على تقويمه قطع أو غرم ، وليس المراد المقوم للسلع المقسومة بالقرعة ، فإن المقوم فيها هو القاسم ويكفى فيه الواحد وهو ظاهر كما ذكره الحطاب والخرشى . وما قيل —

قوله : [ويقسم العقار والمقوم بالقيمة] : أى ويشترط لجمع الدور مع بعضها أو الأقرحة مع بعضها شرطان سيأتى الكلام عليهما . وعطف « المقوم » على « العقار » من عطف العام على الخاص .

قوله : [ورغبة] : إنما عطفها بالواو لأنها تجامع الجودة والرداءة ، بخلاف الرداءة فلا تجامع الجودة فلذلك عطفها بأو .

قوله : [فإنها تقسم بالعدد أو الكيل أو الوزن] : راجع لقوله : « كالدراهم والدنانير والحبوب والقطن والحديد » على سبيل اللف والنشر المرتب .

قوله : [وقيل يجوز قسمه بالقرعة] : قائله ابن عرفة .

قوله : [ولا وجه له]: أى لأنه لابد فيها من مقوم والتقويم منتف هنا .

وقوله : [إلا فى نحو حلى] : أى لاختلاف الرغبة فى أصنافه فيدخله التقويم .

قوله : [وكفى قاسم] : المراد الكفاية فى الإجزاء وأشعر كلامه أن الاثنين أولى ، وبه صرح ابن الحاجب . ولا يشترط فيه عدالة بل يجرى ولو عبداً أو كافراً إلا أن يكون مقاماً من القاضى فلابد فيه من العدالة .

بل الذى يفيده كلامهم — أنه لابد من تعدد المقوم فى القسمة بخلاف القاسم فيكفى الواحد وأن المقوم غير القاسم فبعيد جداً ، فتأمل .

(وأَجْرُهُ) أى القاسم (بالعَدَدِ) أى عدد الورثة ممن طلب القسم أو أباه ؛ لأن تعب القاسم فى الجزء اليسير كتعبه فى الكثير ، وكذا كاتب الوثيقة .

(وكُرِهَ) أخذ الأجر ممن قسم لهم لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا شأن الناس (ومُنِعَ) الأخذ (إنْ رُزِقَ عَلَيْهِ) : أى على القسم (فى بَيْتِ المَالِ) .

قوله : [بل الذى يفيده كلامهم] إلخ : مقول القول .

وقوله : [فبعيد] : خبر المبتدأ الذى هو « ما » .

والحاصل : أن المعوّل عليه أن المقوم لا يشترط فيه التعدد إلا إذا كان يترتب على تقويمه حد كسرقة ، أو غرم كتقويم المسروق وأرش الجناية والمغصوب . وإنما اشترط فيه التعدد لأنه كالشاهد على القيمة ، وأما القاسم والمقوم للقسم فهو نائب عن الحاكم فاكتفى فيه بالواحد على المعول عليه ، كما يؤخذ من الحاشية .

قوله : [أى عدد الورثة] : المناسب الشركاء المقسوم لهم والمراد عدد الرؤوس لا عدد الأنصباء .

قوله : [وكذا كاتب الوثيقة] : أى أجرة الكاتب . ومثله المقوم تكون على عدد رءوس المقسوم لهم .

قوله : [وكره أخذ الأجر] إلخ : فى (بن) تقييد الكراهة بمن كان مقاماً من طرف القاضى للقسمة ، أما من استأجره الشركاء على القسم لهم فلا كراهة فى أخذه الأجرة .

قوله : [ومنع الأخذ إن رزق عليه] إلخ : مثله إذا كان يأخذ مطلقاً قسم أو لم يقسم كالمسمى فى زماننا بالقسام ، ولا فرق بين كون المال لأيتام أو لكبار ، كان له أجر من بيت المال على القسم أو لا . فتحصل أن الصور ثمان ؛ لأنه إن كان يأخذه مطلقاً فالمنع فى أربع وهى : كان القسم لكبار ، أو لصغار ، كان له أجر من بيت المال ، أم لا . وإن كان الأخذ مقيداً بالقسم منع إن كان له أجر من بيت المال ، كان القسم لكبار ، أو لصغار . وإن لم يكن له أجر كره كان القسم لكبار ،

● (وأَفْرِدَ) فى القرعة وجوباً (شَجَرَ كُلِّ صِنْفٍ) ليقسم على حدته ، فإذا كان فى الحائط شجر نخل وتفاح ورمان وخوخ ، فكل صنف يفرد على حدته ، ويقسم (إن احْتَمَلَ) : أى أمكن إفراده وقسمه بأن يحصل لكل واحد من الشركاء واحد كامل أو أكثر ينتفع به ، وإلا ضم لغيره للضرورة ، ولا يباع لأنه أضر فى الحوائط (إلاّ إذا اخْتَلَطَتْ) الأنواع فى الحائط — كنخلة ويليها شجرة رمان فشجرة تفاح وهكذا — فلا يفرد للضرورة ، بل يقسم ما فيه بالقيمة ويجمع لكل واحد من الشركاء حظه فى مكان بالقرعة ولا يضر حينئذ ما تحصل له من أصناف الشجر دون صاحبه .

(و) إلا (أَرْضاً تَفَرَّقَ) : أى تباعد (شَجَرُهَا) من نوع أو أنواع (فيُجْمَعُ) فى القسم فيها مع شجرها بالقيمة ولا تقسم الأرض على حدة والأشجار على حدة ، وإلا أمكن أن يكون شجرك فى أرض صاحبك وبالعكس وهو ضرر ؛ فهذا الاستثناء الثانى منظور إخراجه من قوله آنفاً : فيفرد « كل نوع » إلخ . والمقصود فى هذا قسمة الأرض . وأما الشجر . فهو تبع لها لأنه متفرق فيها .

أو لصغار ؛ فالمنع فى ست ، والكراهة فى اثنتين . وقد علمت أن محل الكراهة مالم يقمه الشركاء .

قوله : [وأفرد فى القرعة وجوباً] : احترز عن قسمة المراضاة فإنه يجوز فيها الجمع بين تلك الأصناف .

قوله : [واحد كامل] : أى فيصير لكل واحد حظه كاملا من جميع الأنواع .

قوله : [ولا يباع] : أى إلا برضا الشركاء .

قوله : [ولا يضر حينئذ] : أى لا يقدح فى قسمة القرعة حين الاختلاط لأنه ضرورة .

قوله : [وإلا أمكن] إلخ : أى وإلا بأن قسم بالقرعة الشجر وحده والأرض وحدها أمكن إلخ أى ويمكن عدم المخالفة ففيه مخاطرة وهى ضرر كما قال الشارح .

قوله : [منظوراً إخراجه] : أى ملاحظ إخراجه والمعنى أن قوله فيما تقدم : «فيفرد فيها كل نوع أو صنف» إلى آخر ما تقدم فى شرحها : إن لم تكن أرض فيها شجر

والمقصود من قوله « وأفرد شجر كل صنف » قسمة الشجر لأنها حائط والأرض تبع له .

* ثم شبّه فى مطلق الجمع قوله :

(كالدُّورِ) : أى فإنه يجوز جمعها فى قسمة القرعة . فإذا مات عن دارين أو أكثر فى أمكنة فلا يتعين قسم كل دار على حدتها وإن أمكن ، بل يجوز أن تجعل هذه الدار فى مقابلة الأخرى بالقيمة ، ثم يقرع بشرطين أفادهما بقوله :

(إنْ تَقَارَبَا ، كَمِيلٍ) : أو ميلين ، وبحيث يكون الميل أو الميلان جامعاً لأمكنتهما حتى يصح ضم بعضها لبعض فى القسمة . فإن تباعدت لم يجز جمعها ، بل يتعين قسم كل دار على حدتها لأن شأن التباعد يؤدى إلى اختلاف الأغراض ، لأن أكثر من الميلين يؤدى إلى كونها فى بلدين أو بلد كبيرة إحداهما فى الوسط والأخرى فى طرفها وهذا مانع من الجمع لما تقدم .

(وتَسَاوَتْ) الدور قيمة و (رغبة) لا إن اختلفا فى ذلك فلا يجوز الجمع .

مفرق، وإلا فلا يفرد الشجر عن الأرض فى القسمة، بل تقسم الأرض مع الشجر. والتعويل على قسمة الأرض والشجر تابع لها .

قوله : [لأنها حائط] : أى لأن الفرض أنها حائط فى المسألة الأولى بخلاف قوله : أو أرضاً تفرق شجرها فإن المقسوم أرض فيها شجر مفرق .

قوله : [إن تقاربا كميل] : ذكر هذا الشرط فى التوضيح فى الدور والأقرحة ، وقاله ابن فرحون واعترضه (ر) بأن المدونة لم تجعل الميل حداً للقرب إلا فى الأرضين والحوائط ، وأما الدور فقالت فيها : وإن كان بين الدور مسافة اليومين واليوم لم يجمع (اهـ) .

قوله : [ورغبة] : المراد بالرغبة فى كلام المصنف رغبة الشركاء . ولا يلزم من تساوى الدور فى القيمة اتفاق الشركاء فى الرغبة فيها فأحد الأمرين لا يغنى عن الآخر ، وقولهم : إن القيمة تابعة للرغبة ؛ المراد رغبة أهل المعرفة بالتقويم، فلا يرد أنه يلزم من اتحاد القيمة اتحاد الرغبة .

وبقى شرط ثالث : وهو أن يتعينا ولو بالوصف رفعاً للجهالة .

* (والأَقْرِحَةُ) : أى أراضى الزراعة من الأفدنة (والحَوَائِطُ)[١] المتعددة (كذلك) أى يجوز جمعها فى القرعة بالقيمة إن تعينت وتقاربت كالميل وتساوت قيمة ورغبة . ويزاد فى الحوائط : أن تكون من نوع واحد كما تقدم .

(والبَزِّ) بالجر عطف على دور : أى وكالبز ؛ فإنه يجوز جمعه فى القرعة ، ويجوز رفعه على الأقرحة . والخبر محذوف : أى كذلك يجوز جمعه والأوّل أوْلى . البز بالفتح : ما يلبس من قطن أو كتان أو صوف أو حرير أو خزّ ، مخيطاً أو غير مخيط . ولذا بالغ على ذلك بقوله:(وَلَوْ كَصُوفٍ وحَرِيرٍ ومَخِيط

قوله : [ولو بالوصف] :محل كفاية التعيين به إذا لم تبعد الغيبة عن تلك الأماكن بحيث يؤمن تغير ذاتها أو سوقها إذا ذهب إليها .

قوله : [المتعدد] : أى ما ذكر من الأقرحة والحوائط .

قوله : [أى يجوز جمعها فى القرعة] : أى لجمع الأقرحة وحدها والحوائط وحدها ، فمتى وجدت الشروط المذكورة يجوز جمعها ولوكانت بعلا — وهو ما يشرب بعروقه من رطوبة الأرض، كالذى يزرع بأرض النيل بمصر — وسيحاً وهو — ما يسقى بماء يجرى على وجهها كالعيون والأنهار والمطر ، وإنما جاز جمعهما لاشتراكهما فى جزء الزكاة وهو العشر ، وأما ما يسقى بالآلات فلا يجمع مع واحد منهما كما يأتى لاختلافه فى جزء الزكاة .

قوله : [على دور] : الأولى على الدور لأنه لفظ المتن .

قوله : [على الأقرحة] : متعلق بمحذوف أى عطفاً على « الأقرحة » على أنه مبتدأ بدليل قول الشارح والخبر محذوف .

قوله : [والأول أولى] :وجه الأولوية أن عطفه على الأقرحة يوهم تقييده بالشروط المتقدمة بسبب أن الأصل فى التشبيه أن يكون تاماً ، بخلاف عطفه على « الدور » فإن ؛ العطف يفيد التشريك فى أصل الحكم .

قوله : [أو خز] : هو ما كان قيامه حريراً ولحمته قطناً أو صوفاً أو كتاناً .

وقوله : [أو غير مخيط] : أى كالأحرمة والشيلان .

(١) أى البساتين .

غَيْرِهِ) وإنما جاز جمعه لأنه كالصنف الواحد ؛ لأن المقصود منهما اللبس والزينة لا تعتبر شرعاً ، وسواء احتمل كل القسمة على حدته أم لا . (بَعْدَ تَقْوِيمِ كُلٍ) على حدته ، وإلا لم يجز الجمع .

(لا) تجمع أرض (ذَاتَ آلة) لسقيها كسانية وشقدف ودلو (مع غيرها) كأرض تسقى بلا آلة ؛ (كَبَعْلٍ)أو سيح أو نيل أو مطر لا ختلاف زكاة ما يخرج منهما فكانا كالنوعين .

● (وَمُنِـعَ مَا فِيهِ فَسَادٌ) : أى قسمة قرعة أو مراضاة لما فيه من إضاعة المال بغير حق (كيَاقُوتَة) وحجر أعلى وأسفل لرحى . وقلنسوة مما لا ينتفع به إذا قسم ، بل يباع ويقسم ثمنه .

(و) منع (زَرْعٍ) أى قسمه بأرضه قبل بدوّ صلاحه بالخرص أى التحرى إن لم يدخلا على جذه (وثَمَرٍ) بالمثلثة : أى قسمه على رءوس الشجر سواء

قوله : [والزينة لا تعتبر] : أى الاختلاف فى التزين لا يعتبر .

قوله : [وإلا لم يجز الجمع] : أى لما فيه من الجهالة .

قوله : [وشقدف] : مراده به الشادوف ونحوه كالنطالة .

قوله : [أى قسمة قرعة] إلخ : مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره : أى قسمه قسمة قرعة إلخ ، فهو مصدر مبين لنوعه على حد : سِرْتُ سير ذى رشد .

قوله : [كياقوتة] إلخ : أى وأما نحو الخفين والمصراعين مما لا فساد فى قسمه ، وإنما تتوقف منفعة إحداهما على الأخرى ونظيره كالحجر الأعلى والأسفل فيجوز مراضاة لا قرعة .

قوله : [وحجر أعلى] : إلخ أى كسره بأن يأخذ كل منها قطعة .

قوله : [إن لم يدخلا على جذه] : أى بأن دخلا على التبقية أو سكتا؛ لأن قسمه من البيع وهو يمتنع بيعه منفرداً بالتحرى قبل بدوّ صلاحه على التبقية . فإن دخلا على جذه عاجلا جاز ؛ سواء مع أصله أو منفرداً إن أُبِّرَ لا إن لم يؤبر فلا يجوز قسمها لا وحدها ولا مع ثمرها ، لأن قسمها وحدها فيه استثناء مالم يؤبر والمشهور منعه ، وقسمها مع ثمرها فيه طعام وعرْضٌ بطعام عرض ، وجَعْلَ الثمر الذى لم يؤبّر طعاماً لأنه يؤول إليه ابن سلمون ، وإن كان فى الأرض زرع مستكنٌ

كان ثمر نخل – وهو البلح الصغير – أو ثمر غيره على الصحيح خلافاً لمن قصره على الأول (مُنْفَرِداً) كل منهما عن أصله وهو الأرض فى الزرع والشجر فى الثمر .

(أَوْ مَعَ أَصْلِهِ) منهما ، فهو ممنوع مطلقاً إلا إذا دخلا على جذه عاجلا . قال فى المدونة : قال مالك إذا ورث قوم شجراً أو نخلا وفيهما ثمر فلا تقسم الثمار مع الأصل ، قال ابن القاسم ، وإن كان الثمار طلعاً أو بلحاً إلا أن يجذاه مكانه . وقال فى المعين : أو اقتسما الزرع الأخضر فدادين على التحرى أو اقتسما الثمرة قبل طيبها فذلك لهما إن دخلا على جذ ذلك مكانهما ولا يجوز ذلك على التأخير لهما أو لأحدهما (اهـ) لما فى قسمته مفرداً من بيع طعام بطعام تحريا على التبقية وهو لا يجوز – وأولى إن بدا صلاحها لأنه ربوى . والشك فى التماثل كتحقق التفاضل فلا يقسم إلا كيلا أوزناً أو يباع فيقسم ثمنه

وفى الأصول ثمرة غير مأبورة فلا يجوز القسمة فى الأرض والأصول بحال حتى تؤبّر الثمرة ، ويظهر الزرع ؛ لأن ذلك مما لا يجوز استثناؤه ، حكى ذلك سحنون فى الثمرة قال ابن أبى زمنين : وهو بين صحيح والزرع عندى مثله (اهـ بن) .

قوله : [وقال فى المعين] : بضم الميم وبالعين المهملة المكسورة بعدها ياء اسم كتاب لأبى إسحق . وأما المغنى بالغين المعجمة بعدها نون : فهو اسم كتاب فى الفقه البساطى .

قوله : [أو اقتسما الثمر قبل طيبها] : أى ولا فرق بين كونها ثمرة نخل أو غيرها .

قوله : [من بيع طعام بطعام] : أى باعتبار ما يؤول إليه ؛ لأنه حين البيع لا يسمى طعاماً . ومقتضى هذه العلة أن مثل البرسيم – مما ليس بطعام يجوز – قسمه تحرياً على التبقية ، وانظر النص .

قوله : [وهو لا يجوز] : أى لما فيه من ربا الفضل والنسيئة .

قوله : [والشك فى التماثل] إلخ : هذا هو ربا الفضل فيمنع عند بلوّ الصلاح ولو دخلا على الجذ .

قوله : [فلا يقسم إلا كيلا أو زناً] : أى ولا يجوز قسمه بالتحرى فى أرضه إلا إذا تبين الفضل من أحد الجانبين كما إذا ترك فدانين فى نظير فدان والزرع

ولا فى قسمه مع أصله من بيع طعام وعرض بطعام وعرض ، وهو ممنوع . إلا إذا دخلا على الجذ كما تقدم خلافاً للشارح . فما ذكرناه هنا هو المعول عليه .

(أو) قسمه (قَتّاً) بعد حصاده (أو زَرْعاً) وهو على أرضه بقصبة ونحوها فيمنع للشك فى التماثل .

(أو) قسم (فيهِ تَرَاجُعٌ) فيمنع فى القرعة ؛ كما لو كان بينهما شاتان ، أو عبدان أحدهما يساوى عشرة والثانى يساوى عشرين ودخلا بالقرعة على أن من وقع فى قسمه ما يساوى عشرين يرّد لصاحبه خمسة ، إذ لا يدرى كل منهما : هل يرجع أو يرجع عليه ؟ وهو من الجهالة والغرر . وأما فى المراضاة فيجوز ، وظاهره : قلّ مابه التّراجع أو كثر . ورجح وقال الشيخ : إلا أن يقلّ ؛ أى مابه التّراجع . قال بعضهم : كنصف العشر فدون فيجوز .

(أوْ لَبَنٌ) بالرفع عطف على « ما فيه فساد » : أى ومنع لبن أى قسم

واحد لا تفاوت فيه فيجوز فى جميع الربويات . .

قوله : [ولا فى قسمه مع أصله] : معطوف على قوله : « لا فى قسمه مفرداً » فموضوعه فيما لم يبد صلاحه بدليل قوله : « إلا إذا دخلا على الجذ » إلخ .

قوله : [من بيع طعام وعرض] إلخ : الطعام هو التمر والعرض هو الأصول ، وإنما منع لأن العرض المصاحب للطعام حكمه حكم الطعام فحصلت الجهالة فى الطرفين والشك فى التماثل كتحقق التفاضل .

قوله : [فيمنع] : أى وإنما يقسم بعد تصفيته بمعياره الشرعى وهو الكيل وإنما امتنع هنا قسم الزرع قتّاً أو على أرضه وجاز بيعه قتّاً أو فى أرضه بشروط الجزاف لكثرة الخطر هنا ؛ إذ يعتبر فى كل من الطرفين شروط الجزاف لو قيل بجوازه . بخلاف البيع فإنها إنما تعتبر فى طرف البيع فقط .

قوله : [وظاهره] : الضمير عائد على كلام المصنف .

قوله : [وقال الشيخ إلا أن يقل] إلخ : ما قاله خليل تبع فيه اللخمى وهو ضعيف وإن سلمه ابن عبد السلام . وأما القول بالمنع مطلقاً فهو الراجح كما أفاده الشارح ، وقال ابن عرفة ظاهر الروايات منع التعديل فى قسم القرعة بالعين مطلقاً (اهـ) .

لبن (فِى ضُرُوعٍ) للغنم أو البقر أو غيرهما — قرعة أو مراضاة — لما فيه من المخاطرة والغرر . ومعناه : أن يكون بينهما شاتان أو أكثر فيأخذ كل واحد منهما شاة ليأكل لبنها مع بقاء الشركة فى الذات (إلاّ لفَضْلٍ بَيِّنٍ) : أى ظاهر بين اللبنين بأن تكون إحداهما تحلب رطلين والأخرى رطلا أو يأخذ أحدهما ثنتين والثانى واحدة والثلاثة متقاربة فى قدر اللبن فيجوز ، لأنهما حينئذ خرجا من باب المغالبة إلى ساحة المعروف .

• (وَلاَ يُجْمَعُ) فى قسمة القرعة أى لا يجوز الجمع (بين عَاصِبَيْنِ)

قوله : [أن يكون بينهما شاتان] : أى مثلا وفى الحقيقة لا فرق بين اتفاق ذوات اللبن أو اختلافهما كبقر وغنم ، والحكم ما قاله الشارح .

قوله : [فيأخذ كل واحد منهما شاة] : مثل ذلك البهيمة الواحدة يأخذها كل واحد يوماً .

• تنبيه : مما يمنع أيضاً : قسم الشركاء داراً مثلا بلا مخرج لأحدهما سواء كان بقرعة أو بغيرها ، لأن هذا ليس من قسم المسلمين ، ومحل المنع إذا لم يكن لصاحب الحصة الذى ليس له فى المخرج شىء ما يمكن أن يجعل له فيه مخرج ، ومثل المخرج المرحاض والمطبخ ، وصحت القسمة إن سكتا عنه وكان للشريك الانتفاع بالمخرج الذى فى نصيب صاحبه وليس له منعه ، وكذلك لا يجوز قسم مجرى الماء بالقرعة لأنه قد يقوى الجرى فى محل دون آخر بسبب ريح أو علوّ محل وخفض آخر فلا يصل لكل ذى حق حقه على الكمال ، وأما قسمه مراضاة فجائز أن تجعل القناة المتسعة قناتين أو أكثر . وأما قسمة العين بجعل حاجز فيها بين النصيبين فممنوع مطلقاً قرعة ومراضاة لما فيه من النقص والضرر ، والسنة عند المشاحة قسم الماء بالقلد وهو الآلة التى يتوصل بها إلى إعطاء كل ذى حظ حظه كالرملية والساعة والجرة التى تملأ ماء وتثقب ثقباً لطيفاً من أسفلها ثم يرسل ماء النهر مثلا إلى أرض أحد الشركاء فإذا فرغ ماء الجرة أو رمل الرملية أو تمت الساعة أرسل إلى أرض الشريك الآخر مقدار ذلك ، وهكذا .

قوله : [أى لا يجوز الجمع بين عاصبين] أى ولو رضوا .

أو أكثر ويفرد عاصب أو أكثر (إلا مَعَ ذِي فَرْضٍ) كزوجة وأخوين أو أخ لأم أو أخت لأب وعمين (فَلَهُمْ) : أي للعصبة (الجَمْعُ أَوَّلاً) أي ابتداء برضاهم ثم يقرع بينهم وبين صاحب الفرض ثم إن شاءوا قسموا فيما بينهم (كذَوِي سَهْمٍ) : أي مع غيرهم فإنهم يجمعون أولا : وإن أبى أحدهم الجمع فى هذه والتى بعدها ، فإذا مات عن إخوة لأم وعصبة أو زوجات وعصبة أو عن الجميع ، فإن أهل كل ذى سهم يجمعون أولا ولا عبرة بمن أراد من الزوجات أو من الإخوة للأم عدمه . فإذا طلبت إحداهن أن تقسم نصيبها ابتداء على حدة لم تُجَبْ لذلك ؛ ثم إذا قسم كل سهم على حدته كالربع أو الثمن أو الثلث

قوله : [كزوجة وأخوين] : أى وتجعل الأقسام فيها أربعة على حسب نصيب الزوجة .

قوله : [وعمين] : راجع إما للأخ أو الأخت للأب فلذلك عطفه بالواو وأقسام العمين مع الأخ للأم ستة ومع الأخت للأب اثنان .

قوله : [وإن أبى أحدهم الجمع] : هذا هو الذى حكى عليه ابن رشد الاتفاق . والفرق بين ذوى السهم والعصبة — حيث قلتم إن العصبة مع أصحاب الفرض لا يجمعون إلا برضاهم ، وذوو السهم يجمعون وإن أبى البعض — أن أصحاب السهم بمنزلة الواحد لأن الفرض لا يتغير . بخلاف العصبة فإن نصيبهم يدور مع رءوسهم .

قوله : [والتى بعدها] : أى وهى قوله أو ورثة مع شريك .

قوله : [أو عن الجميع] : أى عن الإخوة للأم والزوجات والعصبة .

قوله : [فإن أهل كل ذى سهم يجمعون أولا] إلخ : فالمسألة الأولى تجعل من ثلاثة أقسام ، والثانية إن كانت العصبة غير بنين تجعل أربعة أقسام ، وإن كانت بنين تجعل ثمانية ، والمسألة الثالثة تجعل من اثنى عشر لأن الثلث يزيد على الربع نصف سدس ، وأقل ما يوجد فيه هذا الكسر صحيحاً اثنا عشر ، ولا يتصور عصبة بنين مع الإخوة للأم — فتأمل .

قوله : [لم تجب لذلك] : أى إلا برضا الجميع .

فللأصحابه القسمة فيه بعد حيث أمكن .

(أو وَرَثَةَ مَعَ شَرِيكٍ) : فإذا مات أحد الشريكين فى عقار عن ورثته فالورثة يجمعون فى القسمة ابتداء ، فتقسم الدار نصفين نصفها للشريك ونصفها لهم ، ثم إن شاءوا بعد ذلك قسموا فيما بينهم . ولا يجاب أحدهم لقسم نصيبه على حدة ابتداء إلا إذا رضى الجميع .

(و) إذا طلب أحد الشركاء من ورثة أو غيرهم القسمة وامتنع البعض (أُجْبِرَ لَهَا المُمْتَنِعُ) منهم (إن انتفعَ كُلٌّ) منهم بما ينوبه ، وإلا لم يجبر . وهذا فى غير المشترى — للتجارة ، وإلا لم يقسم لما فيه من نقص الثمن فيما ناب كلا وهو خلاف ما دخلا عليه .

● ثم شرع فى بيان صفة القرعة بقوله :

(وكَتَبَ) القاسم (الشركَاءَ) : أى أسماءهم فى ورق صغير بعددهم

قوله : [حيث أمكن] : أى قسمه بلا ضرر .

قوله : [ولا يجاب أحدهم لقسم نصيبه] إلخ : ظاهره ولو كانوا كلهم عصبة ؛ فقوله «أولا برضاهم» : مخصوص بما إذا كان معهم ذو سهم . وأما مع الشريك الأجنبى فحكم الورثة مطلقاً حكم ذوى السهم كما يؤخذ من الشارح أولاً وآخراً .

قوله : [إن انتفع كل] : أى إن انتفع كل واحد من الشركاء — الطالب لها وغيره — بما ينوبه فى القسمة انتفاعاً تاماً كالانتفاع قبل القسم فى مدخله ومخرجه ومربط دابته وغير ذلك . قال فى الحاشية فيجبر لها الآبى ولو كانت حصته تنقص قيمتها بالقسمة . ولا يخالف هذا ما يلزم فى جبر أحدهما بالبيع إن نقصت حصة الآخر لأن ما هنا حظه لم يخرج عن ملكه مع كونه ينتفع به انتفاعاً مجانساً للأول . وما يأتى خرج عن ملكه بالكلية ؛ انظر الأجهورى . انتهى .

قوله : [وإلا لم يقسم] : أى لم يجبر على القسم من أباه .

قوله : [وكتب القاسم الشركاء] إلخ : حاصل ذلك : أن القاسم يعدل المقسوم من دار أو غيرها بالقيمة بعد تجزئته على قدر مقام أقلهم جزءاً ؛ فإذا كان لأحدهم نصف دار وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فتجعل ستة أجزاء متساوية القيمة ، ويكتب أسماء الشركاء فى ثلاث أوراق كل اسم فى ورقة وتجعل فى كشمع ، ثم يرمى بواحدة على

بعد تعديل المقسوم بالقيمة فى المقوم والتحرى فيما يتحرى فيه (وَلَفَّ) ما كتبه : أى يلف كل ورقة منها (فى كَشْمَعْ) أو طين أو عجين (ثُمَّ رَمَى) كل واحدة على قسم فمن اسمه على قسم أخذه.(أَوْ كَتَبَ المَقْسُومَ) بوصفه . بأن يكتب الحد الغربى والشرقى والأوسط فى أوراق (لِكُلٍّ) : أى لكل واحد من الشركاء ، فالتى خرجت فيها جهة أخذها . وهذا ظاهر إذا استوت الأنصباء أو اختلفت وكانت الأقسام عرضاً فيأخذ صاحب الأكثر الباقى كزوجة وأخ لأم وعاصب . فإن كانت داراً أو حائطاً فإن ذلك يؤدى للاختلاط وعدم الضبط . وأجيب : بأن من ظهر اسمه فى جهة أخذ ما يكمل حقه مما يليه فتأمل .

* (ولزم) ما خرج بها ؛ فليس لأحدهم نقضها . وكذا يلزم فى قسمة مارضى

طرف قسم معين من طرفى المقسوم ثم يكمل لصاحبها مما يلى ما رميت عليه إن بقى له شىء ، ثم ترمى الأخرى على أول ما بقى مما يلى حصة الأول ثم يكمل له مما يلى ما وقعت عليه ، ثم يتعين الباقى للثالث ، فكل واحد يأخذ جميع نصيبه متصلا بعضه ببعض ، وتبين أن رمى الورقة الأخيرة غير محتاج إليه فى تمييز نصيب من هى له لحصول التمييز برمى ما قبلها ، فكتابتها إنما هى لاحتمال أن تقع أولا إذ لا يعلم أنها الأخيرة إلا بعد فتأمل .

قوله : [والتحرى فيما يتحرى فيه] : أى كقسمة الزرع الأخضر فدادين أو الثمرة قبل طيبها بالتحرى فيهما إن دخلا على الجذ كما تقدم .

قوله : [فمن اسمه على قسم] : هكذا نسخة المؤلف وعبارة الأصل فمن : « خرج اسمه » فلعلها سقطت من قلمه هنا .

قوله : [الحد الغربى] : أى الجهة الغربية ويزيد المجاورة للمحل المخصوص فيكتب مثل الجهة الغربية المجاورة لفلان وهكذا .

قوله : [أى لكل واحد من الشركاء] : أى فيعطى صاحب النصف فى المثال الذى قلناه سابقاً ثلاث أوراق ولصاحب الثلث ورقتان ولصاحب السدس واحدة .

قوله : [وأجيب] إلخ : قال (بن) : حاصله أنه إذا كتب الشركاء فى أوراق بعددهم إما أن يرمى أسماءهم التى كتبها على أجزاء المقسوم ، أو يقوم مقام رمى أسماء الشركاء على الأجزاء كتابة الأجزاء معينة فى أوراق ستة مثلا

به كل ، فمن أراد الفسخ لم يمكن منه .

(ومُنِعَ) فلا يصح (اشتِرَاءُ ما يَخْرُجُ) بالقرعة من الأقسام قبل رميها ، بأن يقول : بعنى ما يخرج لك بكذا أو يقول البائع للمشترى: اشتر ما يخرج لى بكذا ، للجهالة ، وإن كانت الأقسام متساوية قيمة ومساحة . وهذا إن وقع البيع على البت . فإن وقع على الخيار جاز لأن بيع الخيار منحل .

● (ونُظِرَ فى دَعْوَى جَوْرٍ)فى القسمة (أو غَلَطٍ) من القاسم فيها (فإنْ تَفَاحَشَ) بأن ظهر ماذكر ظهوراً بيناً (أو ثَبَتَ) ماذكر ببينة (نُقِضَتَ) القسمة وردت للصواب .

(وإلاَّ) يتفاحش أو لم يثبت بأن لم يتضح الحال من غير ثبوت (حَلَفَ المُنْكِرُ) لهما ، فإن حلف أنه لم يحصل فيها جور أو غلط فلا تنقض . فإن

ويأخذ لورقة من الأسماء ورقة من الأجزاء وكمل لصاحبه ممايلى إن بقى له شىء كالعمل الأول ، سواء بلا تفريق ولا إعادة قسم (اهـ) .

قوله : [فإن وقع على الخيار جاز] : أى على ما ارتضاه اللقانى خلافاً للأجهورى حيث عمم فى المنع ، وأما لو اشترى حصة شائعة على أن يقاسم بقية الشركاء — فإن ذلك جائز . ووجه جوازه أنه لما كان الشريك مجبوراً على القسم عند طلب المشترى له لم يكن اشتراطه للقسم مناقضاً لمقتضى العقد، وأيضاً البائع فى هذه المسألة قادر على التسليم؛ بخلاف اشتراء الخارج ، وذلك لأن المشترى لما دخل على الشيوع صار المبيع معلوماً له ومقدوراً على تسليمه من حيث الشيوع بخلاف مسألة المصنف ، فإن المشترى فيها داخل على شراء معين والتعيين غير حاصل فى الحال ، كذا يؤخذ من حاشية الأصل .

قوله : [بأن ظهر ما ذكر] :أى الغلط أو الجور وإنما أفرد الضمير لأن العطف بـ « أو » .

قوله : [نقضت القسمة] : أى فإن فاتت الأملاك ببناء أو غرس رجع للقيمة ويقسمونها ، فإن فات بعضه قسم مالم يفت مع قيمة مافات ، وظاهره نقض القسمة بثبوت ما ذكر ولو كان يسيراً ، وهو قول عياض وأشهب ، وقيل : يعفى عن اليسير كالدينار فى العدد الكثير ، وهو قول ابن أبى زيد كما فى (بن) .

نكل أعيدت . وهذا ما لم يطل الزمن كالعام أو مدة تدل على الرضا بما وقع حيث كان ظاهراً لاخفاء به ، وإلا فلا كلام للمدعى والمراد بالجور : ما كان عن عمد ، والغلط : ما كان عن خطأ .

* (كالمُرَاضَاةِ) : أى كما ينظر فى دعوى الجور والغلط على الوجه المتقدم (إنْ أدْخَلاَ) فيها (مُقَوِّمًا) يقوّم لهما السلع أو الحصص ؛ لأنها حينئذ شابهت القرعة ، فإن تفاحش أو ثبت الجور أو الغلط نقضت ، وإلا حلف المنكر ، فإن نكل نقضت بخلاف ما إذا وقعت المراضاة بينهما بلا تقويم وتعديل فلا ينظر فى ذلك ، وهى لازمة ، ولو تفاحش الجور أو الغلط لأنها محض بيع لا يرد فيها بالغبن كما تقدم .

* (وأُجْبِرَ عَلَى البَيْعِ مَنْ أَبَاهُ) من الشركاء (فِيمَا لاَ يَنْقَسِمُ مِنْ عَقَارٍ) كحانوت وبيت صغير (وغيره) من عرض كعبد وسيف : أى يجبر الآبى على بيع الشىء بتمامه مع مريد البيع .

(إنْ نَقَصَتْ حِصَّةُ شَرِيكِهِ) : أى شريك الآبى وهو من أراد البيع ؛

قوله : [كالعام] : أى كما حد به ابن سهل .

قوله : [أو مدة تدل] إلخ : حدها بعضهم بنصف العام ، فأو فى كلام الشارح لحكاية الخلاف .

قوله : [وإلا فلا كلام للمدعى] : أى فلا تنقض القسمة بدعوى مدعيه ولو قام بالقرب .

قوله : [كالمراضاة] : تشبيه غير تام ؛ لأن الجور الثابت بالبينة ينقض به قسمة القرعة كان كثيراً أو يسيراً على المعتمد ، وأما المراضاة فلاتنقض به إلا إذا كان كثيراً .

قوله : [كما تقدم] : أى أول الباب فى قوله «ولا رد فيها بالغبن» .

قوله : [فيما لا ينقسم] : أى وأما ماينقسم فالشأن أنه لا يحصل فيه نقص إذا بيع مفرداً لأن المشترى يرغب فيه لتمكنه من قسمه بعد الشراء فلا يبخس فى ثمنه ، وأما ما لا ينقسم فلا يرغب فيه المشترى لما يلحقه من الضرر لعدم جبر شريكه على القسمة فكان يبخس فى ثمنه كما يؤخذ من الشارح .

كأنه قال : إن نقصت حصة مريد البيع لو باعها (مفردة) عن حصة شريكه . لأن الشأن فى السلعة التى تساوى مائة لو بيع نصفها لم يبع بخمسين بل بأقل فإن لم تنقص لو بيعت مفردة لم يجبر له الآبى على البيع لعدم الضرر . كما لا يجبر فيما ينقسم أو فى المثلى لأن القول لمن أراد القسم فيه .

(ولا يلتزم) الآبى (النقص) فإن قال الآبى : بع ما يخصك فى هذا الحانوت وإن نقص عن بيعه جملة فعلى ما نقص ، فإنه لا يجبر على البيع معه لعدم الضرر .

(ولم تملك) حصة مريد البيع (مفردة) بأن ملكاه معاً بإرث أو شراء أو غيرهما فإن ملكها مفردة وأراد بيعها وأبى صاحبه من البيع معه لم يجبر على البيع معه.

(وَلَمْ يكُنِ الْكُلُّ) أى المجموع متخذاً (للغلة) أى الكراء بأن كان للقنية أو اشتروه للانتفاع فى غير غلة ولو للتجارة على المعتمد فإن اشترى للغلة (كربع غَلَّة وحانوتٍ) لغلة وحمام وفرن ومحبسة وخان . لم يجبر الآبى على البيع مع من أراده.

فتحصل أنَّ ما لا ينقسم - إذا كان شركة وطلب بعض الشركاء البيع له جملة وأبى البعض - فإن الآبى يجبر على البيع مع من طلبه بشروط أربعة، ذكر المصنف منها ثلاثة .

ولم يذكر شرط ما إذا التزم الآبى النقص ، وهو للخمى ، ولم يعرج عليه المصنف ولا ابن عرفة لأن ظاهر المدونة وغيرها خلافه إلا أن وجهه ظاهر .

وزاد عياض خامساً : وهو ألا يكون مشترى للتجارة فإن اشترى لها فلا يجبر الآبى على البيع ، ورده ابن عرفة .

* (وقسم عن المحجور) لصغر أو سفه أو جنون (وليه) .

قوله : [لم يجبر على البيع معه] أى لكونه أدخله فى ملكه مفرداً .

قوله : [ولو للتجارة على المعتمد] :أى خلافاً لعياض كما سيأتى .

قوله : [ذكر المصنف] : أى خليل وأما مصنفنا فقد ذكر الأربعة .

قوله : [إلا أن وجهه ظاهر] : أى وهو عدم الضرر .

قوله : [وقسم عن المحجور] إلخ : أى قسمة قرعة أو مراضاة .

قوله : [وليه] : فإن لم يكن له ولى فالحاكم ، فإن لم يكن حاكم شرعى فجماعة المسلمين من أهل بلده .

(و) قسم (عن الغائب وكيله) إن كان له وكيل (أو القاضى) إن لم يكن له وكيل .

(لا) يقسم عنه (الأب) إذا لم يكن وكيلا عنه .

(و) لا (ذو الشرطة) من الأمراء .

(ولا كأخ) وعم إذا (كنف صغيراً بلا وصاية) من أبيه (بخلاف مُلْتَقِطٍ) الصغير فإنه يقسم عنه ما دام محجوراً فى كنفه .

قوله : [وقسم عن الغائب] : أى غيبة بعيدة، فإن كان قريب الغيبة انتظر. قال فى الحاشية : والظاهر كما فى غير هذا الموضع أنها ثلاثة أيام مع الأمن . وقال الأجهورى : يقسم القاضى والوكيل عن الغائب ولو قربت الغيبة . قال فى الحاشية : والظاهر ما قاله الأجهورى ، فلذلك أطلق شارحنا .

قوله : [لا يقسم عنه الأب] : أى ليس للأب أن يقسم عن ولده الكبير الرشيد ولو غائباً ومثله الأم .

قوله : [ولا ذو الشرطة] : بالضم بوزن غرفة سموا بذلك لأن لهم شرطاً فى زيهم ولبسهم يميزهم عن غيرهم .

قوله : [إذا كنف صغيراً] : أى تكفل بالصغير وصانه .

قوله : [بلا وصاية] : أى حقيقة أو حكماً فإن العادة إذا جرت بأن كبير الإخوة أو العم يقوم مقام الأب عمل بذلك وأعطى حكم الوصى وإن لم يوصه الأب ، كما تقدم فى باب الحجر .

باب
فى القراض وأحكامه

ومناسبته لما قبله : أن فيه قَسْم الربح بين العامل ورب المال ونوع شركة قبل القسم .

وهو بكسر القاف : مأخوذ من القرض وهو القطع ؛ لأن رب المال قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح . ويسمى مضاربة أيضاً .

وعرفه بقوله :

● (القِرَاضُ) الصحيح عرفاً :

باب :

قوله : [ونوع شركة] : عطف على قسم .

قوله : [من القرض] : أى بفتح القاف .

قوله : [وهو القطع] : وقيل مأخوذ من القرض : وهو مايجازى عليه الرجل من خير أو شر، لأن المقترضين قصدكل واحدمنهما إلى منفعة الآخر فهو مقارضة من الجانبين.

قوله : [ويسمى مضاربة أيضاً] : أى عند أهل العراق ، أخذاً من قوله تعالى : (وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى الأَرْضِ)[1] الآية وذلك أن الرجل فى الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها فيبتاع المتاع على هذا الشرط ، ولا خلاف فى جوازه بين المسلمين ، وكان فى الجاهلية فأقره المصطفى عليه الصلاة والسلام فى الإسلام ، لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف فى أموالهم ، وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه وهو مستثنى للضرورة من الإجارة المجهولة .

قوله : [الصحيح] : دفع به ما يتوهم أن هذا التعريف يشمل الصحيح والفاسد ؛ لأن شأن التعاريف أن تكون للماهيات ، صحيحها وفاسدها فأفاد أن هذا التعريف لخصوص الصحيح .

قوله : [عرفاً] : أى وأما لغة فقد تقدم فى قوله : مأخوذ من القرض إلخ .

---

(١) سورة المزمل آية ٢٠ .

(دَفْعُ مَالِكٍ) من إضافة المصدر لفاعله .

(مَالاً) مفعوله (مِنْ نَقْدٍ) ذهب أو فضة، خرج به العرض (مَضْرُوبٍ) أى مسكوك ، وخرج التبر والنقار منهما

(مُسَلَّمٍ) من المالك ، لابدين عليه أو محال به على أحد (مَعْلُومٍ) قدراً وصفة لامجهول ، (لِمَنْ) : متعلق : بـ « دفع »: أى دفعه لعامل (يَتَّجِرُ بِهِ) . والتجر : التصرف بالبيع والشراء لتحصيل ربح .

(بِجُزْءٍ) : أى فى نظير جزء شائع (مَعْلُومٍ) كربع أو نصف لا مجهول (مِنْ رِبْحِهِ) : أى من ربح ذلك المال المدفوع ، لامن ربح غيره ، ولا بقدر مخصوص ؛ كعشرة دنانير من ربحه (قَلَّ) ذلك الجزء كعشر (أَوْ كَثُرَ) كنصف أو أكثر ،

(بِصِيغَةٍ) دالة على ذلك ، ولو من أحدهما ويرضى الآخر . ولا يشترط اللفظ كالبيع والإجارة ولذا عبر ابن الحاجب فى تعريفه بإجارة حيث قال :

قوله : [خرج به العرض] : أى ومنه الفلوس الجدد فلا تكون رأس مال .

قوله : [مضروب] : كان عليه أن يزيد متعامل به ليخرج المضروب الذى لا يتعامل به لأنه بمنزلة غير المضروب كما أفاده زروق . لكن قال (ح) : لم أر من صرح به فلذلك شارحنا ترك زيادة هذا القيد .

قوله : [لا بدين عليه] : أى على العامل بأن يقول له : اتجر فى الدين الذى عليك والربح بينى وبينك، وكذلك لا يصح فى الرهن أو الوديعة التى عند العامل مالم يقبض الدين لرب المال ويسلمه للعامل أو يحضره ويشهد عليه كما يأتى .

قوله : [أو محال به] : أى كما إذا قال له اقبض الدين الذى لى على فلان واتجر فيه ، فراده بالحوالة التوكيل فى قبض الدين الذى له على الغير ، وإلا فالحوالة المصطلح عليها لا تصح هنا لأن المال يأخذه المحال لنفسه ملكاً .

قوله :[معلوم قدراً وصفة] : أى فيشترط علم رأس المال، لأن الجهل به يؤدى للجهل بالربح . ويجوز بالنقد الموصوف بما تقدم ولو كان مغشوشاً .

قوله : [كعشرة دنانير] : أى إلا أن ينسبها لقدر سماه من الربح ، كـ: لك عشرة إن كان الربح مائة فيجوز ؛ لأنه بمنزلة العشر .

إجارة على التجر فى مال بجزء من ربحه، وعبر الشيخ بقوله : توكيل على تجر فى نقد إلخ ؛ إشارة إلى أنه ليس من العقود اللازمة بمجرد العقد بل لكل الفسخ قبل العمل كما سيأتى إن شاء الله تعالى . وقولنا: « دفع » قد يشير لذلك مع إخراج الدين ابتداء وإن كان لا يخرج الدين صريحًا إلا بقوله : « مسلم »؛

* ثم ذكر محترز بعض القيود المذكورة .

فذكر محترز « نقد » بقوله :

(لا بعَرْضٍ) كعبد أو ثوب ، وكذا مثلى غير نقد طعاماً كان أو غيره . فلا يجوز أن يكون رأس مال قراض ، ولو ببلاد لا يوجد فيها النقد كالسودان ولا يجوز اعتبار قيمته رأس مال. فإن قال له: بعه واجعل ثمنه رأس مال فسيأتى النص عليه .

وذكر محترز « مضروب » بقوله :

(ولا تِبْرٍ) ولا نقار فضة ولا سبيكة منهما ، فلا يصح أن يكون رأس مال قراض (إلّا أنْ يَتَعَامَلَ بِهِ) : أى بالتبر ونحوه (فَقَطْ) ولم يوجد عندهم مسكوك يتعامل به (بِبَلَدِهِ) : أى فى بلد القراض ، فإنه يجوز حينئذ أن يكون رأس مال . ومفهوم : « فقط» أنه إن وجد مسكوك يتعامل به عندهم أيضاً

قوله : [قد يشير لذلك] : أى لما ذكر من عدم اشتراط التلفظ واللزوم حيث عبر بدفع .

قوله : [مع إخراج الدين] : أى بلفظ دفع .

قوله : [القيود المذكورة] : أى وهى ثمان : نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربحه بصيغة .

قوله : [لا بعرض] : هذا محترز أول القيود .

قوله : [طعاماً كان أو غيره] : تعميم فى المثلى غير النقد وتقدم أن المثلى ما ضبطه كيل أو وزن أو عدد .

قوله : [ولو ببلاد لا يوجد فيها] : أى لأن القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد كما يأتى .

قوله : [فسيأتى النص عليه] : أى فى قوله وإن وكله على خلاص دين إلخ .

لم يجز التبر ونحوه لوجود الأصل .

(كفُلُوسٍ) : أي الجدد النحاس لايجوز أن تكون قراضاً ولو تعومل بها ولو في المحقرات ، لأن القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد ويبقى ما عداه على الأصل من المنع .

وذكر محترز : « مسلم » بقوله :

(ولا بِدَيْنٍ و) لا (برَهْنٍ و) لا (وَدِيعَةٍ) عند العامل أو غيره كأمين . فلا يجوز أن يكون واحد من هذه الثلاثة قراضاً ؛ أما الدين فلأنه يتهم على أنه أخره ليزيده فيه ، وأما الرهن والوديعة فقال ابن القاسم : لأني أخاف أن يكون أنفقها فصارت عليه ديناً (انتهى) وكلامنا في المضروب ، فيحتمل أن يكون أنفق ما عنده من رهن مسكوك أو وديعة ثم تواطآ على التأخير بزيادة ، وهذا ظاهر فيما إذا كانت تحت يد العامل ، وأما لو كانت تحت يد أمين فقيل : علة المنع انتفاع رب المال الرهن أو الوديعة لتخلصهما من الأمين . ولا شك أنها علة ضعيفة فقول الشيخ : ولو بيده ، صوابه قلب المبالغة — كما قال ابن غازي — بأن يقول : ولو بيد غيره ، واعتراضهم على ابن غازي مما لاوجه له ، فتدبر .

قوله : [ولو تعومل بها] : ظاهره ولو لم يوجد غيرها .

قوله : [يقتصر فيها على ما ورد] : في (بن) . قال بعضهم : والظاهر في نحو هذا الجواز ؛ لأن الدراهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع بغيرها حيث انفرد التعامل به ، بل هي مقصودة من حيث التنمية .

قوله : [على أنه أخره] : أي فيكون رباً .

قوله : [أن يكون أنفقها] : الضمير يعود على العين المرهونة أو المودعة .

قوله : [الرهن أو الوديعة] : بدل من المال .

قوله : [واعتراضهم على ابن غازي] إلخ : أي فقد اعترض شراح خليل على ابن غازي حيث اعترض على خليل في المبالغة بالوجه الذي قاله شارحنا ، فوجهوا كلام خليل بأن انتفاع رب المال بتخليص العامل الرهن أو الوديعة أمر محقق ، وأما احتمال اتفاق العين إن كانت تحت يد العامل فأمر متوهم فالمبالغة عليه صحيحة ، وكلام ابن غازي تحامل ، فوجه شارحنا كلام ابن غازي بما علمت .

* (و) لو وقع القراض بدين على العامل ، بأن قال ربه : اجعل ما عليك من الدين قراضاً على أنّ الربح بيننا كذا (استَمَرَّ) الدين (دَيْناً) على العامل يضمنه لربه ويختص العامل بالربح وعليه الخسر ، ولا عبرة بما وقع منهما (إلاّ أنْ يُقْبَضَ) الدين : بأن يقبضه ربه من المدين ثم يرده على أنه قراض ولو بالقرب (أو يُحْضَرَ) لربه .

(ويُشْهِدَ عَلَيْهِ) بعدلين أو عدل وامرأتين : على أن هذا المال الذى أحضر هو ما علىّ من دين لفلان ، ثم يدفعه له ربه قراضاً ، فيجوز . وكذا الرهن والوديعة إذا قبضا أو أحضرا مع الإشهاد فإنه يجوز دفعهما قراضاً بالقياس الجلى على الدين ، فإن لم يقبضا ولم يحضرا وقال ربهما له : اتّجرْ بما عندك من رهن أو وديعة على أن الربح بيننا كذا قراضاً ، فالربح لربهما وعليه الخسر وللعامل أجر مثله . وما مر فى الوديعة من أن المودع بالفتح إذا اتّجر فى الوديعة فالربح له والخسارة عليه ، فذاك فيما إذا اتجر فيها بغير إذن ربها ، وهنا أذن

قوله : [ولا عبرة بما وقع منهما] : أى لا يعتبر عقد القراض ؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً .

قوله : [إلا أن يقبض الدين] : أى ولو بغير إشهاد .

قوله : [أن هذا المال الذى أحضر] : أى مع علم الشهود بقدره وحينئذ يخرج بهذا الإحضار من الذمة إلى الأمانة .

قوله : [بالقياس الجلى على الدين] : أى لأن القبض أو الإحضار والإشهاد كاف فى الدين مع أنه فى الذمة ، فكفاية ما ذكر فيما ليس فى الذمة أولى ، فهو قياس أخروى .

قوله : [فالربح لربهما] إلخ : إن قلت : ما الفرق بين تجارته بالدين قبل القبض والرهن والوديعة ، حيث جعلتم الربح والخسر للعامل فى الأول ولرب المال فى الثانى ؟ قلت : إن الدين لم ينتقل عن ذمة العامل ومن عليه الضمان له الغنم ، بخلاف الرهن والوديعة ، فإن الأصل فيهما عدم الضمان لمن هما بيده فتأمل .

قوله : [وما مر فى الوديعة] : أى فلا ينافى ما هنا لأن مامر صارت ديناً حيث اتجر فيها بغير إذن ربها فحكمها حكم التجارة فى الدين .

له على طريق القراض . وهذا إذا كان الدين عليه والرهن أو الوديعة تحت يده . فإن كان على غيره والرهن أو الوديعة بيد أمين ، فأشار له بقوله .

* (وإنْ وكَّلَهُ) : أى وكل العامل (عَلَى خَلاَصِ دَيْنٍ) ثم يعمل فيه قراضًا ، وكذا على خلاص رهن أو وديعة عند أمين (أو) على (بَيْعِ عَرْضٍ عِنْدَهُ) أو دفعه (أو) على بيعه (بَعْدَ شِرَائِهِ ، أو) وكله على (صَرْفٍ) بأن دفع له ذهباً ليصرفه بفضة أو عكسه (ثُمَّ يَعْمَلُ) فى ثمن العرض أو فيما صرفه قراضًا فقراض فاسد .

● وإذا كان قراضاً فاسداً :

(فَلَهُ) : أى للعامل (أجْرُ مِثْلِهِ فِى تَوَلِّيهِ) ما ذكر من التخليص أو البيع أو الصرف فى ذمة رب المال ، ربح العامل أو لم يربح . وكذا فى التبر والفلوس كما ذكره بعضهم .

(و) له (قِرَاضُ مِثْلِهِ فِى رِبْحِهِ) : أى ربح المال فإن ربح أعطى منه قراض مثله . وإن لم يربح فلا شيء له لا فى ذمة ربه . ومثل هذه المسائل

قوله : [أو على بيع عرض عنده] : أى عند العامل ، وقوله: أو دفعه له أى دفع رب المال العروض للعامل موكلا له على بيعها ، وقوله: أو على بيعه بعد شرائه أى أمره بشراء عروض ثم وكله على بيعها ويتجر فى ثمنها .

قوله : [من التخليص] : راجع لقوله على خلاص دين . وقوله أو البيع راجع لقوله : « أو على بيع عرض عنده » إلخ .

وقوله : [أو الصرف] : راجع لقوله « أو صرف » فهو لف ونشر مرتب .

قوله : [وكذا فى التبر والفلوس] : أى أجر مثله فى صرف التبر إن دفع له تبراً وأمره أن يبدله بمسكوك. وقوله: « والفلوس » أى له أجر مثله فى إبدال الفلوس بعين مسكوكة .

قوله : [لا فى ذمة ربه] : صوابه حذف لا أو يزيد بعد قوله : لا فى ذمة ربه ولا فى المال ، فتدبر .

قوله : [ومثل هذه المسائل] : أى من حيث ثبوت أجرة المثل فى تولية الشراء ، وقراض مثله فى الربح الحاصل فى التجارة بعد ذلك ، وقوله المسائل أى التسع

مالو دفع له مالا على أن يشترى به سلعة فلان ثم يعمل فيها قراضاً .

* ثم شبه بما يمنع ، وفيه – إن وقع – قراض المثل قوله :

(كَلَكَ شِرْكٌ) : أى كما لا يجوز ؛ وإن وقع ففيه قراض المثل مما إذا انتفى علم الجزء للعامل ، بأن قال له : اعمل فيه ولك فى الربح شرك (ولا عَادَةَ) الواو واو الحال : أى والحال أنه لا عادة بينهم تعين قدر الجزء . فإن كان ثم عادة تُعين إطلاق الشرك على النصف مثلا عمل عليها . وأما لو قال : والربح مشترك بيننا ، أو شركة ، فهو ظاهر فى أن له النصف لأنه يفيد التساوى عرفًا ، بخلاف : لك شرك فإن المتبادر منه لك جزء .

(أو مُبْهَمٍ) بالجر ، نعت لمقدر مجرور بالكاف : أى وكقراض مبهم بأن قال : اعمل فيه قراضا ، وأطلق ، فإنه فاسد . وفيه بعد العمل قراض المثل فى الربح . وكذا إذا أبهم الجزء كأن قال : ولك جزء من ربحه أو شىء من ربحه ، إذا لم يكن لهم عادة تعين المراد بما ذكر كشرك .

(أو) قراض (أُجِّلَ) فيه العمل ابتداء أو انتهاء كاعمل فيه سنة من الآن ، أو : إذا جاء الوقت الفلانى فاعمل فيه . ففاسد لما فيه من التحجير المنافى لسنة القراض ، وفيه – إن عمل – قراض المثل .

(أو) قراض (ضُمِّنَ) للعامل بضم الضاد وتشديد الميم : أى شرط فيه على

المتقدمة فى المتن والشرح وتضم لها هذه فتكون عشرة وإنما فسدت تلك العشرة لاختلال بعض الشروط منها تأمل .

قوله : [كلك شرك] : إنما كان فيه قراض المثل ؛ لأن هذا اللفظ يحتمل النصف والأقل والأكثر ، فيكون مجهولا كما سيوضحه الشارح فى آخر العبارة .

قوله : [أجل فيه العمل ابتداء] : أى بخلاف ما لو قال : اعمل فيه الصيف أو فى موسم العيد ونحو ذلك مما فيه زمن معين فإنه فاسد وفيه أجرة المثل . وذلك لشدة التحجير فى هذا دون ما قاله المصنف ؛ لأن كلما اشتد التحجير قوى الفساد وحيث قوى الفساد خرج عن القراض بالمرة .

قوله : [ضمن للعامل] : أى شرط عليه رب المال الضمان . وأما لو تطوع العامل بالضمان ففى صحة ذلك القراض وعدمها خلاف . وأما إن دفع رب المال للعامل

العامل ضمان رأس المال إذا أتلف أو ضاع بلا تفريط ففاسد. ولا يعمل بالشرط ، وفيه قراض المثل فى الربح إن عمل .

(أو) قراض قال فيه للعامل : (اشْتَرِ) السلع (بِدَيْنٍ) فى ذمتك . ثم انتقد أى اشترط عليه ذلك (فَخَالَفَ) العامل واشترى بنقد ، ففيه قراض المثل ؛ لأن الشرط فاسد ، وقد نقد مال رب المال حالاً ، فالسلع لرب المال وللعامل قراض مثله فى الربح ، فقولنا : « فخالف » قيد لابد منه زدناه عليه . فإن لم يخالف بأن اشترى بدين كما شرط فيه ، فالربح له والخسارة عليه ؛ لأن الثمن صار قرضاً فى ذمته . وكذا لو شرط عليه أن يشترى بنقد فاشترى بدين . وأما لو شرط عليه الشراء بنقد فاشترى به كما شرط فالجواز ظاهر .

فالصور أربع .

(أو) شرط عليه (مَا يَقِلُّ وُجُودُهُ) : أى ما يوجد تارة ويعدم أخرى ، ففاسد وفيه — إن عمل — قراض المثل فى الربح وسواء خالف واشترى غيره أو اشتراه قال المواق : ونص المدونة قال مالك : لا ينبغى أن يقارض رجلا على أن لا يشترى إلا البز إلا أن يكون موجوداً فى الشتاء والصيف ، فيجوز ثم لا يعدوه إلى غيره — الباجى . فإن كان يتعذر لقلته لم يجز وإن نزل فسخ (انتهى) أى : فإن فات بالعمل ففيه قراض المثل ، فعلم أن ما يوجد دائماً — إلا أنه قليل وجوده — فصحيح ولا ضرر فى اشتراطه .

* ثم شبه بما فيه قراض المثل قوله :

(كَاخْتِلَافِهِمَا) : أى العامل ورب المال (فِى) قدر (الرِّبْحِ بَعْدَ

المال واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديه فلا يفسد بذلك لأن هذا الشرط جائز ، وأما إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقاً ، تعدى فى التلف أم لا فسد القراض ولو كان الضمان بالوجه ولا يلزم ، كما أفتى به الأجهورى .

قوله : [فالصور أربع] : أى فالصورة الأولى : فيها قراض المثل والخسارة على العامل لتعديه بدفع المال بعد منع ربه ، والثانية والثالثة : الربح للعامل والخسر عليه وليس لرب المال إلا رأس ماله ، والرابعة : القراض صحيح والربح على مادخلا عليه .

قوله [إلا البز] : بالباء والزاى المعجمة القماش .

العَمَلِ وَادَّعَيَا) : أى ادعى كل منهما (مَالا يُشْبِهُ) العادة؛ كأن يقول رب المال : جعلت لك سدس الربح . ويقول العامل : الثلثين ، وكانت عادة الناس الثلث أو النصف فيردان إلى قراض المثل ، فإن انفرد أحدهما بالشبه فالقول له .

* (فإنْ أَشْبَهَا) معاً (فَقَوْلُ العَامِلِ) : أى القول له لترجح جانبه بالعمل . وأما اختلافهما قبل العمل ، فسيأتى أن القول لربه مطلقًا .

* (وَفى فَاسِدِ غَيْرِهِ) : أى غير ما تقدم ذكره من المسائل : (أُجْرَةُ مِثْلِهِ فِى الذِّمَّةِ) : أى ذمة رب المال ربح العامل أو لم يربح . بخلاف المسائل المتقدمة فإن فيها قراض المثل فى الربح ، فإن لم يحصل ربح فلا شىء للعامل . ويفترقان أيضًا من جهة أخرى : وهى أن ما فيه قراض المثل يفسخ قبل العمل ويفوت بالعمل وما فيه أجرة المثل يفسخ متى اطلع عليه وله أجرة ما عمل :

قوله :[أى ادّعى كل منهما ما لا يشبه] : أى جزءاً لا يشبه أن يكون جزء قراض .

قوله : [فالقول له] : قال فى الحاشية ظاهر عباراتهم بدون يمين فى ذلك .

قوله : [فسيأتى أن القول لربه مطلقاً] : أى أشبه أم لا ، لأنه عقد منحل قبل العمل .

قوله : [أى غير ما تقدم ذكره من المسائل]: أى السبع ، وتضم لها المسائل العشر التى تقدم التنبيه عليها من حيث قراض المثل فى الربح ، وإن كان فيها أجرة المثل فى التولية .

قوله : [ويفترقان أيضاً من جهة أخرى]: أى ويفترقان أيضاً من جهة ثالثة وهى أنه أحق من الغرماء إذا وجب له قراض المثل وأسوتهم إذا وجب له أجرة المثل على ظاهر المدونة والموازية ما لم يكن الفساد باشتراط عمل يده: كأن يشترط عليه أن يخيط فإنه حينئذ يكون أحق به من الغرماء، لأنه صانع . وهل أحقيته به فيما يقابل الصنعة فقط أو فيه وفيما يقابل عمل القراض؟ قولان ومقابل ظاهر المدونة أنه أحق به أيضاً بأجرة المثل إذا كان المال بيده حتى يستوفى أجرة مثله كذا فى الحاشية .

ثم ذكر أمثلة لفاسدة غير ما تقدم مما للعامل فيه أجرة مثله بقوله :

(كاشْتِرَاطِ يَدِهِ) : أي يد رب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء مما يتعلق بالقراض ، ففاسد لما فيه من التحجير ، وللعامل أجرة مثله.

(أو) اشتراط (مُشَاوَرَتِهِ) : أي مشاورةِ رب المال في البيع والشراء ، ففاسد لما فيه من التحجير ؛ وفيه أجرة المثل .

(أو) اشتراط (أمينٍ عَلَيْهِ) : أي على العامل أو اشتراط (كَخِيَاطَةٍ) لثياب التجارة (أَوْ خَرْزٍ) لجلودها من كل عمل في سلعها على العامل .

(أو) اشتراط (تَعْيِينِ مَحَلٍّ) للتجر لا يتعداه لغيره (أو) اشتراط تعيين (زَمَنٍ) له لا يتاجر في غيره (أو) تعيين (شخص للشِّرَاءِ) منه بحيث لا يشترى شيئاً من غيره أو البيع له بحيث لا يبيع سلعة لغيره فيفسد القراض في ذلك كله للتحجير المخالف لسنة القراض . وانظر بقية المسائل في ذلك في الأصل .

قوله : [أمثلة فاسدة غير ما تقدم] : وضابط ذلك أن كل مسألة خرجت عن حقيقة القراض من أصلها ففيها أجرة المثل ، وأما إن شملها القراض لكن اختل منها شرط ففيها قراض المثل .

قوله : [أو اشتراط أمين عليه] : أي بخلاف اشتراط رب المال عمل غلام غير عين أي رقيب على العامل بنصيب للغلام من الربح أو بغير شيء أصلا فجائز ، وأما إن كان النصيب للسيد أو كان الغلام رقيباً ففاسد وفيه أجرة المثل .

قوله : [من كل عمل] : بيان لمدخول الكاف والمعنى من كل عمل غير لازم للعامل وإلا فلا يضر اشتراط كالنشر والطي الخفيفين .

قوله : [على العامل] : متعلق بـ«اشتراط» وليس متعلقاً بمحذوف، صفة لعمل لأنه فاسد .

قوله : [أو اشتراط تعيين محل] : أي كقوله : لا تتجر إلا في خصوص البلدة الفلانية ؛ أما لو قال له : اتجر في القطر الفلاني ولا تخرج منه فلا يضر.

قوله : [لا يتجار] : هكذا نسخة المؤلف بألف بعد الجيم ثم راء بعدها، والصواب حذف الألف .

قوله : [وانظر بقية المسائل في ذلك في الأصل] : منها أن يشترط عليه

• (وَعَلَيْهِ) : أى العامل ما جرت العادة به . (كالنَّشْرِ والطَّىِّ) للثياب ونحوها (الخَفِيفَيْنِ) لا الكثيرين مما لم تجر العادة به .

(و) عليه (الأَجْرُ) من ماله (إنْ استَأْجَرَ) على ذلك لا على رب المال ولا من الربح .

• (وإنْ اشْتَرَى) إنسان سلعة لنفسه بثمن معلوم فلم يقدر على وفائه (فقال) لغيره: أنا (اشْتَرَيْتُ) سلعة بكذا (فأعْطِنِي) الثمن لأنقده لربها وربحها بيننا مناصفة مثلا . فدفعه له (فَقَرْضٌ) فاسد لا قراض ، فيجب رده لربه فوراً لأنه لم يقع على وجه معروف . فإن نقده فى السلعة فالربح للعامل وحده والخسر عليه .

(بخِلاَفِ مَا إذَا لَمْ يُخْبِرْ) رب المال بالشراء بل قال له بعد أن اشتراها : ادفع لى عشرة مثلا على وجه القراض والربح بيننا كذا (فَيَجُوزُ) : ويكون

مشاركة غيره فى مال القراض أو يخلط بماله أو مال قراض عنده أو يبضع بمال القراض أى يرسله أو بعضه مع غيره ليشترى به ما يتجر العامل به . أو أن يزرع بمال القراض حيث جعل عليه العمل فى الزرع ؛ لأن ذلك زيادة زادها رب المال عليه. وأما لو شرط عليه أن ينفقه فى الزرع من غير أن يعمل بيده فلا يمنع . أو يشترط عليه أن لا يشترى إلى بلد كذا ، فهذه ست مسائل تضم للثمان التى ذكرها المصنف ، العقد فيها فاسد لخروجها عن حقيقة القراض وفيها أجرة المثل بعد العمل .

قوله : [كالنشر والطى] : دخل تحت الكاف النقل الخفيف فيلزمه . وإن استأجر عليه فمن ماله .

قوله : [لا الكثيرين مما لا تجرى العادة به] : أى فإنه لا يتولاه بنفسه ، فإذا عمله بنفسه وادعى أنه عمله ليرجع بأجرته قضى له بالأجرة . فإن خالفه رب المال وقال بل عملته تبرعاً منك صدق العامل بيمين على أحد القولين .

قوله : [وإن اشترى إنسان سلعة] إلخ : حاصله أن المسائل التى تؤخذ من المتن والشرح فى هذا المبحث خمس : الأولى : أن يشترى السلعة لنفسه بثمن معلوم ثم يأتى غيره فيخبره بها ويطلب منه الثمن على وجه القراض ، فقرض فاسد والربح للعامل والخسر عليه . الثانية : أن يشتريها ويسأل غيره قراضاً من غير أن يخبره

قراضاً على ما دخلا عليه (كادْفَعْ لى) كذا على وجه القراض (فَقَدْ وَجَدْتُ رَخِيصًا أشْتَرِيهِ) به والربح بيننا على كذا ، فيجوز (إنْ لَمْ يسَمّى السِّلْعَةَ أو البَائِعَ) ؛ فإن سمى السلعة أو البائع لم يجز ، وكان قراضاً فاسداً . ويظهر — كما قيل — أنه إن عين البائع فهى كمسألة : اشتر من فلان له أجرة تولى الشراء أو قراض المثل ، وإن عين السلعة فله أجر المثل .

(وجَعْلِ) بالجر أى: وكجعل (الرِّبْحِ) كله (لأَحَدِهِمَا) : فيجوز (أو غَيْرِهِمَا) : فيجوز ؛

● (وضَمِنَهُ) العامل : أى يضمن مال القراض لربه لو تلف أو ضاع بلا تفريط (فِى) اشتراط (الرِّبْحِ لَهُ) ؛: أى للعامل ، بأن قال له ربما عمل فيه والربح لك ؛ لأنه حينئذ صار قرضاً وانتقل من الأمانة إلى الذمة ، لكن بشرطين أفادهما بقوله :

بشرائها فيجوز ويكون قراضاً على ما دخلا عليه . الثالثة : أن يذهب قبل شرائها ، فيقول ادفع لى فقد وجدت رخيصاً والربح بيننا فيجوز أيضاً ويكون قراضاً على ما دخلا عليه . الرابعة : أن يسمى السلعة فقط كقوله وجدت بعيراً بكذا فادفع لى ثمنه والربح بيننا فهذه فاسدة ، وفيها للعامل أجرة المثل . الخامسة : أن يسمى البائع بأن يقول وجدت فلاناً يبيع بعيراً فأعطى ثمنه قراضاً فهى فاسدة أيضاً وفيها قراض المثل فى الربح وأجرة تولى الشراء . قوله : [لأنه لم يقع على وجه معروف] : علة لقوله « فيجب رده فوراً » ولا يعمل فيه بعادة القرض لأن بقاءه كالربا .

قوله : [له أجرة تولى الشراء أو قراض المثل] : أى فتكون من جملة المسائل العشر المتقدمة .

قوله : [فله أجر المثل] : أى وتضم للمسائل التى فيها أجرة المثل .

قوله : [لأنه حينئذ صار قرضاً] : أى وإطلاق القراض عليه مجاز لما علمت أن حقيقة القراض دفع مالك مالا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربحه قل أو كثر بصيغة ، وحكم ذلك الربح حكم الهبة متى حازه الموهوب له قضى له به إن كان معيناً ، وأما إن كان غير معين كالفقراء وجب من غير قضاء، فإن اشترط لمسجد معين فقال ابن ناجى : إنه يجب من غير قضاء كالفقراء،

(إنْ لَمْ يَنْفِهِ) : أي الضمان عن نفسه . أو لم ينفه عنه رب المال . فإن نفاه بأن قال : ولا ضمان عليّ . أو قال له ربه : ولاضمان عليك . لم يضمن لأنه زيادة معروف (وَلَمْ يُسَمِّ قِرَاضًا) بأن قال : اعمل فيه والربح لك . فإن سمى قراضاً بأن قال له: اعمل فيه قراضاً والربح لك . لم يضمن . ولو شرط عليه الضمان، فيلغى الشرط . لكنه إن شرطه يكون قراضاً فاسداً يفسخ قبل العمل.

* (وَخَلَطَهُ) :أي مال القراض فيجوز (وَإِنْ) خلطه العامل (بِمَالِهِ) إذا لم يشترط عليه ربه الخلط ، وإلا لم يجز وفسدوفيه أجرة المثل كما قدمه الشيخ وخلطه بمال غيره أو بماله (وَهُوَ الصَّوَابُ ، إنْ خَافَ) العامل (بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِما) أي المالين (رُخْصًا) فيجب إن كان المالان لغيره فإن كان أحدهما له وجب أحد الأمرين . إما الخلط أو تقديم القراض ومنع تقديم ماله : فإن قدمه فخسر مال القراض ضمن . وقيل : معنى الصواب الندب فلا يضمن إن قدم ماله

وقال ابن زرب، يقضى به كالموهوب له المعين وحيث اشترط رب المال للعامل لم يبطل بموت ربه أو فلسه قبل المفاصلة ؛ لأن المال كله بيده فكأن الربح هبة مقبوضة ؛ وأما إن اشترط لربه فهل يبطل بموت العامل وتأخذه ورثته لعدم حوز رب المال له أو لا، بل يقضى به لرب المال بناء على أن العامل أجير لرب المال فكأن رب المال حائز له ؟ قولان (اهـ) ملخصاً من حاشية الأصل .

قوله : [يكون قراضاً فاسداً] : أي وهل يكون الربح للعامل عملا بما شرطاه أو فيه قراض المثل لكونه قراضاً فاسداً انظره كذا في (عب) .

قوله : [إذا لم يشترط عليه ربه الخلط] : بقي ما إذا شرط عليه ربه عدم الخلط والحكم أنه يلزمه ذلك، فإذا خالف وخلط كان الربح بينهما والخسر على العامل .

قوله : [فيجب إن كان المالان لغيره] : أي كما لابن ناجي .

قوله : [أو تقديم القراض] : أي الذي هو مال الغير .

قوله : [ضمن] : أي على مقتضى الوجوب .

قوله : [وقيل معنى الصواب الندب] : هو لبعض شيوخ ابن ناجي .

قوله : [فلا يضمن] : أي لكونه لم يخالف واجباً .

فحصل للقراض رخص . ومثل الرخص فى البيع الغلاء فى الشراء .

* (وَسَفَرِهِ) : أى العامل بمال القراض ؛ فيجوز (إِنْ لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ) رب المال (قَبْلَ شَغْلِهِ) : أى المال بأن لم يحجر عليه أصلا أو حجر بعد شغله ، فإن حجر عليه قبل شغله ولو بعد العقد : لم يجز . فإن خالف وسافر ضمن بخلاف مالو خالف وسافر بعد شغله إذ ليس لربه منعه من السفر بعده .

(واشْتراطِهِ) : أى رب المال على العامل (ألا يَنْزِلَ وَادِيًا) ينص له عليه (أو) لا (يَمْشِيَ) بالمال (لَيْلاً) خوفا من نحو لص (أَوْ) لا ينزل (بِبَحْرٍ أو) لا (يَبْتَاعَ) به (سِلْعَةً) عينها له لغرض فيجوز .

* (وَضَمِنَ إِنْ خَالَفَ) فى جميع ماذكر وتلف المال أو بعضه .

قوله : [الغلاء فى الشراء] : أى طروّ الغلاء فى السلع التى شأن عمل القراض فيها .

قوله : [أو حجر بعد شغله] : أى كلا أو بعضاً .

قوله : [بعده] : أى بعد شغل المال سواء كان المال قليلا أو كثيراً . كان السفر قريباً أو بعيداً ، كان العامل شأنه السفر أم لا .

قوله : [ألا ينزل وادياً] : أى محلا منخفضاً شأنه يخاف منه .

قوله :[لغرض] : أى لقلة ربحها عادة مثلا .

قوله : [فيجوز] : مرتبط بقوله : « واشتراطه » إلخ . وقدّرهذا ليُعلم أن هذه الأشياء مجرورة معطوفة على مدخول الكاف فى قوله : « كادفع لى » المشبه بالجواز قبله.

قوله : [فى جميع ما ذكر] : أى فى شىء من جميع ما ذكر .

قوله : [وتلف المال أو بعضه] : أى زمن المخالفة وأما لو تجرأ واقتحم النهى وسلم ، ثم حصل تلف بعد ذلك من غير الأمر الذى خالف فيه فلا ضمان ؛ وكذا لو خالف اضطراراً بأن مشى فى الوادى الذى نهى عنه أو سافر بالليل أو فى البحر اضطراراً لعدم المندوحة فلا ضمان ولو حصل تلف — كما فى الحاشية . وإذا تنازع العامل ورب المال فى أن التلف وقع زمن المخالفة أو بعدها صدق العامل فى دعواه كما فى (ح) عن اللخمى .

(كَأَنْ عَمِلَ) بالمال (بِمَوْضِعِ جُورٍ له) : أى للعامل بأن كان لا حرمة له فيه ولا جاه فإنه يضمن ، وإن لم يكن جوراً لغيره . كما أنه لاضمان عليه فيما لاجور عليه فيه وإن كان جوراً لغيره .

(أو) عمل بالمال (بَعْدَ عِلْمِهِ بِمَوْتِ رَبِّهِ) فإنه يضمن إن كان عيناً ؛ لأنه صار لغيره. لا إن لم يعلم بموته لعذره ، ولا إن كان عرضاً فباعه بعد علمه فلا يضمن خسره ، إذ ليس للورثة أن يمنعوه من التصرف فيه . وظاهره الضمان بعد العلم بموته سواء كان العامل حاضراً ببلد المال أو غائباً به قريباً أو بعيداً وهو الراجح . وقيل : محل الضمان إذا كان حاضراً .

(أوْ شَارَكَ) العامل فى مال القراض غيره — ولو عاملا آخر — لرب ذلك القراض بغير إذن رب المال ؛ فإنه يضمن لأن ربه لم يستأمن غيره فيه .

(أو بَاعَ) سلعة من سلع القراض أو أكثر (بِدَيْنٍ) بلا إذن، فإنه يضمن.

(أوْ قَارَضَ) : أى دفعه أو بعضه قراضاً لآخر .

(بلاَ إِذْنٍ) من ربه ؛ فإنه يضمن .

فقوله : « بلا إذن » راجع للأربعة قبله إلا أن الإذن فى الأولى من الورثة .

قوله : [فإنه يضمن] : أى لظهور التفريط منه حيث كان التلف من أجل الجور لا من أمر سماوى .

قوله : [وقيل محل الضمان] إلخ : هذا التقييد لابن يونس قائلا : إن كان بغير بلد المال فله تحريكه ولو علم بموته، نظراً إلى أن السفر عمل لشغل المال واعتمد هذا (بن) نقلا عن أبى الحسن وابن عرفة وغيرهما .

قوله : [لأن ربه لم يستأمن غيره فيه] : أى فقد عرّضه للضياع ، ومحل الضمان إذا غاب شريكه العامل الذى شاركه بلا إذن على شىء من المال إن حصل خسر أو تلف . وسواء كان الشريك صاحب مال أو عاملا . وأما إن لم يغب على شىء لم يضمن إذا تلف كما قاله ابن القاسم واعتمده أبو الحسن .

قوله : [بدين] : أى نسيئة فيضمن لأنه عرضه للضياع . فإن حصل ربح فهو لهما وإن حصل خسر فعلى العامل وحده على المشهور .

قوله : [راجع للأربعة قبله] : أى وهى قوله أو بعد علمه بموت ربه وما بعده،

* (والرِّبْحُ) فى الأخيرة[1] (بينَهُمَا) : أى بين رب المال والعامل الثانى الذى حرك المال (ولا ربْحَ للأوَّل) لتعديه بدفعه للثانى بلا إذن من ربه .

(وَعَلَيْهِ) : أى على العامل الأول (الزِّيَادَةُ) للثانى (إنْ زَادَ) له فى الربح على ما جعله له رب المال ؛ كما لو جعل له الثلث فى الربح ، فقارض آخر بالنصف ، فالربح بين ربه والعامل الثانى على الثلث والثلثين وعلى العامل الأول للثانى تمام النصف . فإن دخل معه على أقل – كالربع فى المثال – فالزائد لرب المال .

وأما ما قبلها فمعلوم أنه بلا إذن من قوله وإن خالف .

قوله : [ولا ربح للأول] : إلخ، حاصله : أن عامل القراض إذا دفع المال لعامل آخر قراضاً بغير إذن رب المال فإن حصل تلف أو خسر فالضمان من العامل الأول ، وإن حصل ربح فلا شىء للعامل الأول منه ، وإنما الربح للعامل الثانى ورب المال ، ثم إن دخل العامل الثانى مع الأول على مثل ما دخل عليه الأول مع رب المال فظاهر، وإن دخل معه على أكثر مما دخل عليه ، فإن العامل الأول يغرم للثانى الزيادة ، وإن دخل معه على أقل فالزائد لرب المال لا للعامل الأول ، فإن لم يحصل للعامل الثانى ربح فلا شىء له ولا يلزم العامل الأول لذلك الثانى شىء، كما هو القاعدة أن العامل لا شىء له إذا لم يربح المال .

● تنبيه : كل من أخذ مالا للتنمية لربه بغير قراض كوكيل على بيع شىء ومبضع معه فربح فيه فلا ربح له ، بل لرب المال؛ كأن يوكله على بيع سلعة بعشرة فباعها بأكثر فالزائد لربها لا للوكيل ، وكأن يبضع معه عشرة ليشترى له بها عبداً أو طعاماً من محل كذا فاشتراه بثمانية فالفاضل من الثمن لرب المال لا للمشترى ، وأما لو باعها بعشرة كما أمره واتجر فى العشرة حتى حصل فيها ربح ، أو أن المبضع معه اشترى بالعشرة سلعة غير ما أمره بإبضاعها فربح فيها فالربح للوكيل فيهما؛ كالمودع يتجر فى الوديعة والغاصب والوصى والسارق إذا حركوا المال الربح لهم والخسر عليهم .

---

(١) الأخيرة : إذا قارض بلا إذن .

• (وإنْ نَهَاهُ) : أى نهى رب المال العامل (عَنْ العَمَلِ) بماله (قَبْلَهُ) : أى قبل العمل ، وانحل العقد حينئذ فخالف وعمل (فَلَهُ) الربح وحده (وعَلَيْهِ) الخسر ، وليس لرب المال عليه إلا رأس ماله .

• (وإنْ جَنَى كُلٌّ) من رب المال أو العامل على شيء من مال القراض (أوْ) جنى (أجْنَبِيٌّ) على شيء منه فأتلفه (أو أَخَذَ) منه (شَيْئًا) قبل العمل أو بعده (فالبَاقِي) بعد الجناية أو الأخذ هو (رَأسُ المَالِ) فالربح له خاصة (ولاَ يَجْبُرُهُ) : أى المال الأصلى قبل الجناية أو الأخذ منه (رِبْحٌ) من الباقى ، فليس ما ذكر كالخسر يجبر بالربح ؛ لأن الجانى أو الآخذ إن كان رب المال ، فقد رضى بأن الباقى هو رأس ماله ، وإن كان العامل اتبع به فى ذمته كالأجنبى ولا ربح لما فى الذمة .

(وعَلَى الجَانِي) منهم (مَا جَنَى) : فإن كان رب المال فأمره ظاهر ،

قوله : [وإن نهاه] إلخ: صورتها أعطى شخص العامل مالا ليعمل فيه قراضاً ، ثم قبل أن يعمل به قال له : يا فلان لا تعمل، فحينئذ ينحل عقد القراض ويصير المال كالوديعة ، فإذا عمل بعد ذلك كان الربح للعامل وحده .

قوله : [وليس لرب المال عليه إلا رأس ماله] : ظاهره : ولو أقر العامل أنه اشترى للقراض بعد ما نهاه وهوما اختاره فى التوضيح ، وقال ابن حبيب : إذا أقر أنه اشترى بعد ما نهاه للقراض فالربح لهما لالتزامه لرب المال نصيبه من الربح فيلزمه الوفاء به .

قوله : [قبل الجناية أو الأخذ] : صفة للمال الأصلى ،كأنه قال: لا يجبر بالربح المال الأصلى الكائن قبل حصول الجناية أوقبل حصول الأخذ منه .

قوله : [لأن الجانى أو الآخذ] : علة للنفى .

قوله : [فقد رضى بأن الباقى] إلخ : أى وفسخ عقد القراض فيما أخذه لأن القراض منحل قبل العمل .

قوله : [كالأجنبى] : أى يتبع به فى ذمته أيضاً .

قوله : [ولا ربح لما فى الذمة] : أى لأن أخذ الربح عليه ربا .

وإن كان غيره فعليه ما يلزمه شرعاً من أرش أو قيمة أو مثل وما وقع هنا لبعض الشراح لا يعول عليه .

● (وَلاَ يَشْتَرِى) العامل: أى لايجوز له أن يشترى سلعاً للقراض (بِنَسِيئَةٍ) أى تأخير أى بدين فى ذمة ربه (وإنْ أَذِنَ رَبُّهُ) له فى ذلك . وأما شراؤه لنفسه فجائز إذا لم يشغله عن القراض .

(وَلاَ) يشترى للقراض (بأَكْثَرَ مِنْ مَالِ القِرَاضِ) ولو بنقد من عنده .

(فإنْ اشتَرَى) سلعة بدين للقراض أو بأكثر من ماله (فالرِّبْحُ له) : أى للعامل ؛ أى ربح تلك السلعة ولا شيء منه لرب المال . كما أن الخسر عليه . كما لو اشترى بدين لنفسه ثم إذا اشترى تلك السلعة لنفسه أو للقرض بدين فى ذمته

قوله : [وما وقع هنا لبعض الشراح] إلخ : أى فلا فرق بين أن تكون الجناية قبل العمل أو بعده فى كون الباقى رأس المال ولا يجبر ذلك بالربح ويتبع الآخذ بما أخذه والجانى بما جنى عليه كما قاله (ر) خلافاً لتفصيل الخرشى حيث قال : إن كانت قبله يكون الباقى رأس المال وما بعده فرأس المال على أصله ؛ لأن الربح يجبره ومثله فى (عب) قال (ر) : هو خطأ فاحش فمراد الشارح ببعض الشراح الخرشى و (عب) .

قوله : [أى لا يجوز له أن يشترى سلعاً] إلخ : إنما منع ذلك لأكل رب المال ربح مالم يضمن . وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه ، ثم إن المنع مقيد بما إذا كان العامل غير مدير ، وأما المدير فله الشراء للقراض بالدين كما فى سماع ابن القاسم ، ابن عرفة لأن عروض المدير كالعين فى الزكاة ويجب أن يقيد ذلك بكون ما يشتريه بالدين يفى به مال القراض وإلا لم يجز (اه بن) .

قوله : [وإن أذن ربه] : أى بخلاف بيعه بالدين فإنه يمنع مالم يأذن له رب المال وإلا جاز . ولا يقال : إن إتلاف المال لا يجوز ، لأن التلف هنا غير محقق. على أن إتلاف المال الممنوع رميه فى بحر أو نار مثلا بحيث لا ينتفع به أصلا .

قوله : [ولا يشترى للقراض بأكثر] : أى لأنه سلف جر نفعاً إذا نقدوا كل ربح مالم يضمن إذا لم ينقد .

منفردة عن سلع القراض وباعها كذلك ، فجميع ربحها له وخسرها عليه ولا تعتبر قيمتها .

(و) إن اشترى فى جملة سلع التجارة (شارك بقيمته) : أى قيمة المؤجل ولو عيناً ، فتقوّم العين بعرض ثم العرض بعين ، ثم ينظر لما يخصه من الربح ، فإذا كان مال القراض مائة فاشترى سلعة بمائتين مائة هى مال القراض والأخرى مؤجلة ، فتقوّم مؤجلة بعرض ثم العرض بنقد . فإذا كانت قيمته خمسين كان شريكاً بالثلث فيختص بربحه وخسره وما بقى على حكم القراض . وهذا فى المؤجل وأما لو اشترى بنقد فالشركة بعدده واختص بربحه إن اشتراه لنفسه ويصدق . وإن اشتراه للقراض خيّر رب المال بين دفع المائة الثانية فيكون جميع المال له وعدم الدفع فالشركة على النصف .

● (وَجُبِر) بالبناء للمفعول (خُسْرُهُ) : أى المال نائب الفاعل : أى إذا حصل فى المال خسر ، كما لو كانت مائة اشترى بها سلعة ، فباعها بثمانين ثم

قوله : [وإن اشتراه للقراض] : مقابل قوله : « إن اشتراه لنفسه » ولا فرق فى كل بين أن يكون الشراء بحال أو مؤجل . فقوله : «خُيّر رب المال» لا فرق فيه بين الحال والمؤجل ، وصور تلك المسألة أربع عند الخلط ومثلها عند عدمه ، فحيث خلط وقصد بها نفسه شارك بالعدد إن كانت الزيادة حالة وبالقيمة إن كانت الزيادة مؤجلة . وإن قصد بها القراض خُيّر رب القراض بين الالتزام بتلك الزيادة إن كانت حالة فعلى حلولها ، وإن كانت مؤجلة فعلى أجلها ، ويصير المال كله للقراض أو يتركها للعامل فيشاركه على ما تقدم . وإن لم يخلط تلك الزيادة كان ربحها للعامل وخسرها عليه مطلقا ، هذا محصل المتن والشارح فى هذا المبحث .

قوله : [بين دفع المائة الثانية] : أى عددها حالة أو مؤجلة بحيث يكون رب المال ضامناً لتلك المائة فى ذمته متى جاء الأجل دفعها كما يؤخذ من (بن) .

قوله : [خسره] : الخسر ما ينشأ عن تحريك كما سيوضحه فى المثال . والتلف مالا ينشأ عن تحريك كما سيوضحه فى المثال أيضاً ، وكلام المؤلف فى القراض الصحيح أو الفاسد الذى فيه قراض المثل ، وأما الذى فيه أجرة المثل فلا يتأتى فيه جبر كما فى الحاشية .

اشترى بها شيئًا باعه بمائة وعشرين ، فإنه يجبر بالربح . وما زاد بعد الجبر فبينهما على ما شرطه ؛ فالعشرون فى المثال هى التى تكون بينهما ولو باعه بمائة فقط فلا ربح بينهما . ولو دخلا على عدم الجبر بالربح لم يعمل به والشرط ملغى .

(و) جبر أيضًا (مَاتَلِفَ) من القراض وألحق به ماأخذه لص أو عشار — (وإنْ) وقع التلف (قَبْلَ العَمَلِ) بالمال : أى قبل تحريكه — (بالرِّبْحِ) : متعلق بـ « جبر » . ومعنى جبره بالربح : أنه يكمل منه ما نقصه بالخسر أو التلف ثم إن زاد شىء قسم بينهما كما تقدم (مَالَمْ يَقْبِضْ) المال من العامل، فإنه قبضه ربه ناقصاً عن أصله ثم رده له فلا يجبر بالربح لأنه حينئذ صار قراضًا مؤتنفاً . ومعلوم أن الجبر إنما يكون إذا بقى شىء من أصل المال ، فلو تلف جميعه فأتى له ربه ببدله فلا جبر للأول بربح الثانى .

(ولِرَبِّهِ خَلَفُهُ) : أى خلف التالف كلا أو بعضاً ، إلا أنه إذا تلف الكل فأخلفه فربح فى الثانى فلا جبر كما قدمنا . وإذا تلف البعض فأخلفه فيجبر الباقى بما ينوبه من الربح، لا بما ينوب الخلف . قال اللخمى : من ضاعت له خمسون من مائة فخلفها رب المال ثم باع بمائة وخمسين وكان قراضًا بالنصف أن يكون للعامل اثنا عشر ونصف، لأن نصف السلعة على القراض الأول ورأس

قوله : [لم يعمل به] : هذا هو ظاهر ما لمالك وابن القاسم ، وحكى بهرام مقابله عن جمع ، فقالوا : محل الجبر مالم يشترطا خلافه وإلا عمل بذلك الشرط . قال بهرام : واختاره غير واحد، وهو الأقرب ؛ لأن الأصل إعمال الشروط لخبر : « المؤمنون عند شروطهم » مالم يعارضه نص — كذا فى الحاشية نقلا عن (عب) .

قوله : [بسماوى] : أى وأما ما تلف بجناية فلا يجبره الربح لما مرّ أنه يتبع به الجانى ، سواء كان أجنبيًّا أو العامل كانت الجناية قبل العمل أو بعده .

قوله : [وألحق به ما أخذه لص أو عشار] : قال (عب) : حكم أخذ اللص والعشار حكم السماوى ولو علما وقدر على الانتصاف منهما نقله محشى الأصل .

قوله : [لا بما ينوب الخلف] : أى خلافاً لما فى (عب) .

قوله : [على القراض الأول] : متعلق بمحذوف خبر إن : أى مفضوض وكذلك قوله ونصفها على القراض الثانى .

ماله مائة ولا شيء للعامل فيه ونصفها على القراض الثانى ورأس ماله خمسون وله نصف ربحها ولا يجبر الأول بالثانى (انتهى) أى بما ينوب الثانى من الربح وتقدم أن الجناية وما أخذ ربه أو غيره لا يجبر بربح .

● (وأَنْفَقَ) العامل (منه) : أى من مال القراض : أى يجوز له الإنفاق على نفسه من مال القراض ، ويقضى له بذلك بشروط أربعة :

أشار لأولها وثانيها بقوله :

(إنْ سَافَرَ) به

(للتِّجَارَةِ) : أى شرع فى السفر لتنمية المال ولو دون مسافة القصر من طعام وشراب وركوب ومسكن وما يتعلق بذلك من حمام وغسل ثوب على وجه المعروف كما يأتى حتى يرجع لوطنه ؛ ومفهوم الشرط أنه لا نفقة له بالحضر ،

قوله : [وتقدم أن الجناية] إلخ : أى فى قوله : « وإن جنى كل أو أجنبى أو أخذ شيئاً فالباقى رأس المال لا يجبره ربح » إلخ .

● تنبيه : لا يجبر رب المال على الخلف مطلقاً ، تلف كل المال أو بعضه قبل العمل أو بعده . وإذا أراد الخلف ففيه تفصيل ؛ فإن تلف جميعه لم يلزم العامل قبوله ، وأما إن تلف بعضه فيلزمه قبوله إن تلف البعض بعد العمل لا قبله ؛ لأن لكل منهما الفسخ . وحيث كان لا يلزم رب المال الخلف واشترى العامل سلعة للقراض فذهب ليأتى لبائعها بثمنها فوجد المال قد ضاع وأبى ربه من الخلف لزمت السلعة العامل فإن لم يكن له مال بيعت وربحها له وخسرها عليه — كما يؤخذ من الأصل .

● مسألة : إن تعدد العامل ، بأن أخذ اثنان أو أكثر مالا قراضاً وعملوا فيه فض الربح على حسب العمل كشركاء الأبدان فيأخذ كل واحد منهم بقدر عمله ، ولا يجوز أن يتساووا فى العمل مع اختلافهم فى الربح وعكسه .

قوله : [ويقضى له بذلك] : أى عند المنازعة .

قوله : [من طعام] إلخ : من بمعنى فى متعلق بأنفق .

قوله : [ومفهوم الشرط] : أى الذى هو قوله إن سافر .

قال اللخمى : مالم يشغله عن الوجوه التى يقتات منها وإلا فله الإنفاق .

ولثالثها بقوله: (مَا لَمْ يَبْنِ بِزَوْجَةٍ) فى البلد الذى سافر له للتجارة. فإن بنى بها سقطت نفقته منه لا إن لم يبن ولو دعى للدخول . وهذا الشرط فى الحقيقة شرط فى استمرار النفقة .

ولرابعها بقوله : (واحْتَمَلَ المَالُ) الإنفاق منه بأن يكون كثيراً عرفاً فلا نفقة فى اليسير كالأربعين والخمسين ديناراً خصوصاً فى زمن الغلاء .

وإذا جاز له النفقة على نفسه أنفق (ذهَابًا وإيَابًا بالمَعْرُوفِ) وجاز أن يكون قوله: « بالمعروف » شرطاً، وبه تكون الشروط خمسة . والمراد بالمعروف : ما يناسب حاله .

(لا لأهْلٍ وكَحَجٍّ) من القُرَب كغزو ورباط وصلة رحم ، والمراد

قوله: [عن الوجوه التى يقتات منها] : أى كما لو كانت له صنعة ينفق منها فعطلها لأجل عمل القراض، فإن هذا قيد معتبر — كما قال أبو الحسن — خلافاً للتتائى القائل بعدم اعتباره .

قوله : [مالم يبن بزوجة]: أى فقط لا سُرِّية قال التونسى : إن تزوج فى بلد لم تسقط نفقته حتى يدخل فحينئذ تصير بلده ؛ نقله ابن عرفة. والدعوى للدخول ليست مثله فى إسقاط النفقة خلافاً (لعب) — كذا فى (بن) .

قوله : [سقطت نفقته]: أى و يأتى هنا قيد اللخمى.

قوله : [فلا نفقة فى اليسير]: فلو كان بيد العامل مالان يسيران لرجلين و يحملان باجتماعهما النفقة ولا يحملانها عند الانفراد، فروى اللخمى : أن له النفقة. والقياس سقوطها لحجة كل منهما بأنه دفع ما لا تجب فيه النفقة (اهـ) قال ابن عرفة : ولا أعرف هذه الرواية لغيره ولم أجدها فى النوادر ، وهو خلاف أصل المذهب فيمن جنى على رجلين كل واحدة منهما لا تبلغ ثلث الدية — وفى مجموعهما ما يبلغه — أن ذلك فى ماله لا على العاقلة (اهـ بن) .

قوله : [وجاز أن يكون قوله بالمعروف شرطاً] : أى مستقلا وفى الحقيقة هو أمر لا بد منه جعل شرطاً مستقلا أولا .

بالأهل : الزوجة . لا الأقارب إلا أن يكون قصد بسفره لهم صلة الرحم فلا نفقة له . وهو داخل تحت الكاف فى قولنا : « وكحج » أى : لا إن سافر لزوجة ببلد ولا إن سافر لقُربة كحج ، وهذا محترز الشرط الثانى أى قولنا : « للتجارة » . وإنما لم يكن له الإنفاق فى هذا لأنه لله تعالى ؛ وما كان لله لا يشرك معه غيره ، وفهم من قوله : « مالم يبن بزوجة » ومن قوله: « لا لأهل»، أنه لو سافر للتجارة بزوجته أن له النفقة أى على نفسه فقط فى سفره ذهاباً وإياباً . وأما فى إقامته معها فى بلد التجارة ، فهل له النفقة بناء على أن دوامه معها ليس كالابتداء أم لا بمنزلة ما لو بنى بها فى هذا البلد؛ بناء على أن الدوام كالابتداء ؛ وظاهر كلامهم الأول. ثم إن كل من سافر لقربة لانفقة له فى رجوعه ببلدلا قُربَة به ، بخلاف من سافر لزوجته فله النفقة فى رجوعه لبلد ليس به أهل . والفرق بينهما أن الرجوع فى القربة قربة ولا كذلك الرجوع من عند الأهل . وقولنا : « وأنفق منه » فيه إشارة إلى أن النفقة تكون فى مال القراض لا فى ذمة رب المال ، حتى لو ضاع المال لم يكن له على ربه شىء ، وهو معنى قول الشيخ : فى المال

قوله : [لا الأقارب] : أى فالأقارب غير الزوجة — من أم وأب ونحوهما — إن كان قاصداً بلدهم للتجارة لا للصلة فله الإنفاق من المال . بخلاف الزوجة والحج والغزو ومتى قصد ما ذكر فلا ينفق ولو قاصداً معه التجارة .

قوله : [وما كان لله لا يشرك معه غيره] : أى سواء كان تابعاً أو متبوعاً فلا نفقة له على كل حال لكن هذا الفرق لا يظهر بالنسبة للسفر للزوجة لأنه لحق مخلوق لالله .

قوله : [أم لا بمنزلة ما لو بنى بها] إلخ: أى فيكون بمنزلة من بنى بزوجة فى أثناء السفر فلا نفقة له كما تقدم .

قوله : [وظاهر كلامهم الأول] : أى أن الدوام ليس كالابتداء فله الإنفاق على نفسه .

قوله : [ليس به أهل] : أى زوجة .

قوله : [ولا كذلك الرجوع من عند الأهل] : أى فلا يقال له قربة لأنه حق مخلوق . قال الخرشى : فيؤخذ من هذا التعليل أن من سافر لبلد ومر بمكة

فلا إهمال، ثم إذا أنفق العامل على نفسه من غيره فله الرجوع بما أنفقه فى المال وستأتى الإشارة إلى ذلك .

(واستَخْدَمَ) العامل : أى اتخذ له خادماً يخدمه بأجرة من المال (إنْ تأهَّل) للإخدام : أى كان أهلا لذلك بالشروط المتقدمة ، وهى إن سافر لتنمية المال ولم يبن بزوجته واحتمل المال الإنفاق منه .

(واكْتَسَى) منه زيادة على النفقة (إنْ طَالَ) زمن سفره ولو لم يكن بعيداً . والطول بالعرف . وهو ما يمتهن به ما عليه من الثياب أى مع الشروط السابقة ، فالطول شرط زائد عليها .

* (وَوُزِّعَ) ما ينفقه (إنْ خَرَجَ) العامل (لِحَاجَةٍ) أخرى غير الأهل والقربة مع الخروج للتجارة بالقراض . فإذا كان ما ينفقه على نفسه فى عمل القراض

لكونها بطريقه وقصده — الحج أيضاً — فإن له النفقة بعد فراغه من النسك وتوجهه لبلد التجارة (اهـ) .

قوله : [فلا إهمال] : أى فى كلامنا ولا فى كلام الشيخ .

قوله : [وستأتى الإشارة إلى ذلك]: أى فى قوله : «أو قال أنفقت من غيره » .

قوله : [بالشروط المتقدمة] :ما ذكره من اعتبار الشروط المتقدمة فى الاستخدام تبع فيه الشيخ أحمد الزرقانى وهو الظاهر ، كما قال (بن) بدليل قول ابن عبد السلام: الخدمة أخص من النفقة وكل ما كان شرطاً فى الأعم فهو شرط فى الأخص ، خلافاً (لعب) .

قوله : [إن طال زمن سفره] : أى فى الطريق أو طالت إقامته فى البلد الذى سافر إليه. قال ابن عرفة وفى كون البضاعة كالقراض فى النفقة والكسوة وسقوطهما فيها. ثالثها: الكراهة لسماع ابن القاسم. قال اللخمى: العادة اليوم لا نفقة ولا كسوة فيها بل إما أن يعمل مكارمة فلا نفقة له أو بأجرة معلومة لا شىء له غيرها (اهـ بن) .

قوله : [عليها] : أى الشروط السابقة .

قوله : [فإذا كان ما ينفقه على نفسه] إلخ : حاصله أن الشارح ذكر طريقتين فى التوزيع: الأولى : أن ما ينفقه يوزع على ماشأنه أن ينفق فى القراض وعلى ما شأنه أن ينفق فى الحاجة ، وهذا ما فى الموازية وصححه ابن عرفة والعوفى .

مائة وما ينفقه فى ذهابه للحاجة مائة ، فأنفق مائة . وزعت على القراض والحاجة مناصفة . ولو كان ما ينفقه فى القراض مائة وفى الحاجة خمسين فأنفق مائة ، وزعت على الثلث والثلثين وقيل : ينظرُ ما بين مال القراض وما ينفقه فى الحاجة ويوزع ما أنفق على قدرهما هذا إذا أخذ القراض قبل اكترائه وتزوده للحاجة بل .

(وَلَوْ) أخذه (بَعْدَ تَزَوُّدِهِ واكْتِرَائِهِ لها) : أى للحاجة — كما فى المدونة — قال فيها : إن خرج فى حاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضاً فله أن يفضّ النفقة على مبلغ قيمة نفقته ومبلغ القراض (اهـ) ولا يعول على قول اللخمى : من أخذ قراضاً وكان خارجاً لحاجته فمعروف المذهب لا شىء له كمن خرج إلى أهله (اهـ) . ولعل الفرق على ما فيها أن فى كل من القراض والحاجة قصد تحصيل غرض فيه قربة بخلاف الأهل .

● (ولِكُلٍّ) مَن رب المال والعامل (فَسْخُهُ قَبْلَ) الشروع فى (العَمَلِ): أى شراء السلع بالمال (ولِرَبِّهِ) فقط الفسخ (إنْ تَزَوَّدَ) العامل

والثانية : أن التوزيع يكون على ما شأنه أن ينفق فى الحاجة ومبلغ مال القراض؛ وهذا ما فى العتبية ونحوه فى المدونة . لكن نظر فيه ابن عبد السلام والتوضيح — كذا فى (بن) .

قوله : [فمعروف المذهب] : أى وارتضاه ابن عرفة بقوله: ومعروف المذهب خلاف نصها .

قوله : [بخلاف الأهل] : هذا الفرق يقتضى أن المراد بالأهل فى كلام اللخمى : الأقارب الذين قصد صلتهم ، لا الزوجة ؛ لأن السفر لها لا يسمى قربة لما تقدم فى الفرق السابق — فتأمل .

قوله : [فسخه] : أى فسخ عقد القراض. والمراد بالفسخ الترك : والرجوع عنه ، وليس المراد حقيقة الفسخ ؛ لأن الفسخ فرع الفساد وهو غير فاسد .

قوله : [قبل الشروع فى العمل] : أى وقبل التزود له بدليل ما بعده .

قوله : [ولربه فقط] : إنما كان لربه فقط دون العامل عند التزود لأن التزود من مال القراض بالنسبة للعامل عمل فيلزمه تمامه .

من مال القراض (وَلَمْ يُظْعِنْ) : أى يشرع فى السفر . وليس للعامل حينئذ فسخ بل الكلام لرب المال ، إلا أن يلتزم له العامل غُرْمَ ما اشترى به الزاد . فإن تزود العامل من ماله فله الفسخ لا لرب المال ، إلا أن يدفع له ما غرمه فى الزاد .

(وإلاّ) بأن عمل فى الحضر أو ظعن فى السفر (فلِنَضُوضِهِ) : أى المال ببيع السلع . ولا كلام لواحد منهما فى فسخه .

* (وإن اسْتَنَضَّهُ أحَدُهُمَا) أى طلب نضوضه ببيع سلعة ليظهر المال وطلب الآخر الصبر لغرض كزيادة ربح (نَظَرَ الحَاكِمُ) فيما هو الأصلح فإن اتفقا على نضوضه جاز كما لو اتفقا على قسمة العروض بالقيمة .

● (والعَامِلُ أمِينٌ ؛ فالقَولُ لهُ فِي) دعوى (تَلَفِهِ) أى المال (و)

قوله : [ولم يظعن] : هو بالظاء المعجمة المشالة معناه الشروع فى السفر كما قال الشارح ؛ قال الشاعر :

أقاطن قوم سلمى أم نووا ظعنا   إن يظعنوا فعجيب عيش من قطنا

قوله : [إلا أن يلتزم له] إلخ: حاصله : أن تزود العامل من مال القراض يمنعه من حل العقد مالم يدفع لرب المال عوضه ولا يمنع رب المال منه وتزوده من مال نفسه له حل العقد ، ويمنع رب المال منه مالم يدفع له عوضه ؛ هذا ما يفيده الشارح تبعاً للتوضيح وابن عرفة كما فى (بن) خلافاً لما فى (عب)

قوله : [فلنضوضه] : أى فيبقى المال تحت يد العامل لنضوضه أى خلوصه ببيع السلع .

قوله : [فيما هو الأصلح] : أى من تعجيل أو تأخير فيحكم به . فإن لم يكن له حاكم فجماعة المسلمين ويكفى منهم اثنان واستظهر فى الحاشية كفاية واحد عارف يرضيانه .

● تنبيه : إن مات العامل قبل النضوض فلوارثه الأمين أن يكمله على حكم ما كان مورثه . فإن لم يكن أميناً أتى بأمين كالأول ، فإن لم يأت سلمه لربه هدراً من غير ربح ولا أجرة كما أفاده الأصل .

قوله : [فالقول له فى دعوى تلفه] : وكذا القول له فى أنه لم يعمل بمال

دعوى (خُسْرِهِ وَرَدِّهِ) لربه بيمين فى الكل مالم تقم على كذبه قرينة أو بينة (إنْ قَبَضَهُ بِلاَ بَيِّنَةِ تَوَثُّقٍ) : هذا شرط فى دعوى رده فقط ؛ أى ادعى رده لربه فالقول للعامل بيمين إن لم يكن قبضه ببينة مقصودة للتوثق بها خوف دعوى الرد بأن قبضه بلا بينة أصلا أو بينة لم يقصد بها التوثق ، فإن قبضه ببينة قصد رب المال بها التوثق خوفًا من دعواه الرد فلا يقبل قوله إلا ببينة تشهد به .

(أَوْ قَالَ) العامل : هو (قِرَاضٌ و) قال (رَبُّهُ) : هو (بِضَاعَةٌ) عندك لتشترى لى به سلعة كذا (بأجرٍ مَعْلُومٍ . وَعَكْسِهِ): فالقول للعامل فيهما . « والواو » بمعنى « أو » .

(أو قَالَ) العامل (أَنْفَقْتُ) على نفسى فى السفر (مِنْ غَيْرِهِ) فلى الرجوع به فى المال . فالقول للعامل ويرجع بما ادعى . ربح أو لم يربح . كان يمكنه الإنفاق منه أم لا بيمين حيث أشبه .

القراض إلى الآن كما استظهره (ح) كذا فى (بن) وما ذكره المصنف من أن القول للعامل فى التلف والخسر يجرى فى القراض الصحيح والفاسد .

قوله : [بيمين] : هذا هو الراجح .وقيل: بغير يمين. والخلف جارعلى الخلاف فى أيمان التهمة ، وفيها أقوال ثلاثة : قيل: تتوجه مطلقاً– وهو المعتمد– وقيل: لا مطلقاً، وقيل : تتوجه إن كان متهماً عند الناس وإلا فلا –كذا فى الحاشية .

قوله : [قرينة] : أى بأن سئل تجار بلد تلك السلع هل خسرت فى زمان كذا التجارة الفلانية فقالوا لا نعلم خسارة تجار فى تلك السلع .

قوله : [فى دعوى رده]: محل كون القول فى دعوى رده بالشرط المذكور مقيد بما إذا ادعى العامل رد رأس المال وجميع الربح حيث كان فيه ربح، فإن ادعى رأس المال فقط مقرًّا ببقاء ربح جميعه بيده أو ببقاء ربح العامل فقط لم يقبل على ظاهر المدونة وقبل عند اللخمى ، وقال القابسى :يقبل إن ادعى رد رأسه مع حظ رب المال من الربح ، وأما لو ادعى رد رأس المال فقط مع بقاء جميع الربح بيده فلا يقبل وفاقاً للمدونة .

قوله : [فالقول للعامل فيهما] : أى إن كانت المنازعة بعد العمل الموجب للزوم القراض وأن يكون مثله يعمل فى القراض ، ومثل المال يدفع قراضاً وأن يزيد

(و) القول له (فى جُزْءِ الرِّبْحِ) بأن ادعى النصف فيه وادعى ربه الثلث مثلا فالقول له بيمين (إنْ أشْبَهَ) . أشبه ربه أم لا . (والمَالُ) : أى والحال أن المال الذى يدعيه – ولو ذلك الجزء خاصة – (بيَدِهِ أو وَدِيعَةٌ) عند أجنبى بل (وإنَّ عِنْدَ رَبِّهِ) ثبت إيداعه عنده ببينة أو إقرار منه . فإن أنكر ولا بينة فينبغى أن يكون القول لرب المال . وهذان الشرطان يرجعان لمسألة الإنفاق أيضاً .

(و) القول (لِربِّهِ) : أى المال (إنْ انْفَرَدَ) فى دعوى جزء الربح (بالشَّبَهِ) . وتقدم أنهما إذا لم يشبها معاً ففيه قراض المثل (أوْ قَالَ) رب المال : إنه (قَرْضٌ) : أى سلف عندك (فى) ادعاء (قِرَاضٍ أو وَدِيعَةٍ) من الآخر ، فالقول لربه بيمين ؛ لأن الأصل تصديق المالك فى كيفية خروج ماله من يده .

(أو) تنازعا (فى جُزْءٍ) من الربح (قبل العَمَلِ) الذى يحصل به اللزوم ، فالقول لربه بلا يمين ؛ لأن له فسخه عن نفسه (مُطْلَقاً) أشبه أم لا .

(و) القول (لِمُدَّعِى الصِّحَّةِ) منهما : أى قول من ادعى ما يقتضى صحة العقد . إذ هو الأصل . وظاهره : ولو غلب الفساد – وقيل : إن غلب الفساد فالقول لمن ادعى الفساد : فإذا قال أحدهما : كان رأس المال عرضاً ، أو : شرطنا ما يقلّ وجوده . وقال الآخر : بل كان نقداً ، أو : ما يكثر وجوده .

جزء الربح على أجرة البضاعة . وإنما قبل قول العامل فى هاتين المسألتين لأن الاختلاف بينه وبين رب المال يرجع للاختلاف فى جزء الربح . وسيأتى أنه يقبل فيه قول العامل إذا كان اختلافهما بعد العمل .

قوله : [والقول له فى جزء الربح] : أى إن كان التنازع بعد العمل لا قبله كما يأتى .

قوله : [لأن الأصل تصديق المالك] : أى ولأن العامل يدعى عدم ضمان ما وضع عليه يده والأصل فى وضع اليد على مال الغير الضمان .

والحاصل : أن القول قول من ادعى القرض منهما .

قوله : [وظاهره ولو غلب الفساد] : أى لأن هذا الباب ليس من الأبواب التى يغلب فيها الفساد وهذا هو المعول عليه .

فالقول له دون الآخر وهكذا فى جميع ما تقدم من الشروط .

● (ومَنْ مَاتَ وقِبَلَهُ) : أى جهته وعنده (قِرَاضٌ أو وَدِيعَةٌ) : أو بضاعة ، فإن وجد فى تركته بعينه وثبت أخذ بعينه و (أُخِذَ مِن تركَتِهِ) المثل أو القيمة (إنْ لَمْ يُوجَدْ) بعينه . لاحتمال إنفاقه أو تلفه بتفريطه . فإن ادعى وارثه أن الميت قد رده أو تلف بسماوى أو بغير تفريط : فقال العوفى : قُبِلَ قوله : وقال أبو على : هذا خطأ ومجرد قول الوارث ما ذكر لا يقبل كما هو ظاهر القول .

(وتَعَيَّنَ بِوَصِيَّةٍ) بأن أفرزه ، وقال : هذا قراض فلان ، أو وديعة .

(وقُدِّمَ) إذا أوصى به (على الغُرَمَاءِ) أى على ديونهم الثابتة (فى الصِّحَّةِ والمَرَضِ) بإقرار أو بينة فقوله : « فى الصحة والمرض » متعلق بمحذوف : تقديره : الثابتة ، ذكره الشيخ فى التوضيح .

قوله : [فى جميع ما تقدم من الشروط] : أى فتى ادعى أحدهما مسألة مستوفية للشروط وادعى الآخر اختلال بعض الشروط كان القول قول مدعى الصحة إلا لبينة من الآخر على دعواه .

قوله : [ومن مات] : أى أو أسر أو فُقِد ومضت عليه مدة التعمير .

قوله : [قبل قوله] : أى لأنه نزل منزلة مورثه ، ومحل الخلاف إن ادعى أن مورثه ردها ، وأما لو ادعى الوارث أن الرد منه فلا يقبل اتفاقاً ؛ وتَقَدَّمَ فى الوديعة زيادةُ بيانٍ فى ذلك ، وأن المعول عليه قول العوفى على التفصيل الذى تقدم هناك .

قوله : [بأن أفرزه] : أى عينه ؛ فقوله : « وقال هذا قراض فلان » بيان لمعنى الإفراز .

قوله : [وقدم إذا أوصى به] إلخ : هذا إذا وجد ذلك المال المفرز وكان الميت الذى عينه غير مفلس ، كان التعيين فى الصحة أو المرض قامت بينة بأصله أم لا . وأما إن كان مفلساً قُبِلَ تعيينه له إن قامت بينة بأصله سواء عين فى حال الصحة أو المرض ، وإن لم تقم بأصله لا يقبل تعيينه كان صحيحاً أو مريضاً . وأما إن عينه بالوصية ، ولم يوجد ذلك الذى عينه ؛ فلا شىء لربه ؛ بخلاف ما أوصى به مجملا ولم يعينه فإنه إن وجده ربه أخذه وإلا حاصص به مع الغرماء . وفى الأجهورى : لو أقرّ العامل بكراء حانوت أو أجرة أجير أو دابة أو ببقية ثمن أو نحو

• (وَلَيْسَ لِعَامِلٍ) : أى يحرم عليه (هِبَةٌ) لغير ثواب ولو لاستئلاف إن كثر (أو تَوْلِيَةٌ) لسلعة من مال القراض ، بأن يعطيها لغيره بمثل ما اشترى إذا لم يخف رخصها ، وإلا جاز ولا بأس أن يأتى بطعام كغيره للأكل ما لم يقصد التفضيل على غيره بزيادة لها بال ، وإلا منع وتحلل ربُّ القراض . فإن لم يسامحه كافأه وفى هذا القدر كفاية ، والله أعلم .

ذلك فيلزم مال القراض إن كان إقراره قبل المفاصلة لا بعدها ففى جزئه ما عليه فقط .
وسئل الأجهورى : عن عامل قراض أرسل سلعاً لأبيه فأخذها رب المال ببينة تشهد أن أباه أخبر أنها من سلع القراض . وأسر العامل فجاء منه كتاب بأن مال القراض عنده . وأن السلع من غيره ؟ فأجاب بأن العامل يصدق لكونه أميناً ولا ينظر للتهمة وإقرار أبيه لا يلزمه؛ لأن إقرار الإنسان لا يسرى على غيره (اه من حاشية الأصل) .

قوله : [إن كثر] : أى وأما هبة القليل — كدفع لقمة لسائل ونحوها — فجائز . كما يجوز هبة الثواب لأنها بيع . والفرق بين الشريك وعامل القراض — حيث جاز للأول هبة الكثير للاستئلاف كما تقدم فى بابه دون الثانى — أن العامل رجح فيه أنه أجير ، والقول بأنه شريك مرجوح ، وحينئذ فالشريك أقوى من العامل .

قوله : [ما لم يقصد التفضيل على غيره] : ظاهره أنها لو كانت الزيادة لها «بال» ، ولم يقصد بها التفضيل الجواز ؛ وليس كذلك . بل المدار على زيادة لا تسمح بها النفوس عادة .

قوله : [كافأه] : أى يعوضه على قدر ما أكله زيادة على حقه .

باب

فى المساقاة

. . . .

باب :

هى مستثناة من أصول أربعة ـ كل واحد منها يدل على المنع :

الأول : الإجارة بالمجهول لأن نصف الثمرة مثلا مجهول .

الثانى : كراء الأرض بما يخرج منها فيما إذا جعل للعامل جزء من البياض والبذر عليه .

الثالث : بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها بل قبل وجودها .

الرابع : الغرر لأن العامل لا يدرى أتسلم الثمرة أم لا وعلى تقدير سلامتها لا يدرى كيف يكون مقدارها .

وبعضهم زاد بيع الطعام بالطعام نسيئة إذا كان العامل يغرم طعام الدواب والأُجَراء ؛ لأنه يأخذ عن ذلك الطعام طعاماً بعد مدة : والدين بالدين : لأن المنافع والثمار كلاهما غير مقبوض فتكون مستثناة من أصول ستة .

والأصل فيها معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ؛ ولداعية الضرورة إلى ذلك. ولفظها : مفاعلة ؛ إما من التى تكون للواحد ـ وهو قليل ـ نحو سافر وعافاه الله ، أو يلاحظ العقد ـ وهو منهما ـ فيكون من التعبير بالمتعلَّق ـ بالفتح ـ وهو المساقاة على المتعلِّق ـ بالكسر ـ وهو العقد ، وهو لا يكون إلا من اثنين ؛ وإلا فهذه الصيغة تقتضى أن كل واحد من العامل والمالك يسقى لصاحبه كالمضاربة والمقاتلة ونحوها .

وأركانها أربعة :

الأول : متعلق العقد وهو الأشجار وسائر الأصول المشتملة على الشروط الآتى بيانها .

● (المُسَاقَاةُ) عرفاً — وهي مأخوذة من سقى الثمرة — لأنه معظمها : (عَقْدٌ) من رب الحائط أو الزرع مع غيره ،

(عَلَى القِيَامِ بِمَؤُونَةِ) أي خدمة (شَجَرٍ أو نَبَاتٍ) : مقثأة أو غيرها كما يأتي بيانه ، أي على التزام خدمته من سقى وتنقية وتقليم وغير ذلك مما يأتي .

(بجزْءٍ مِنْ غَلَّتِهِ) لا مكيلة ، ولا بجزء من غلة غيره . هذا هو الأصل فلا ينافي قولها[1] : لا بأس بالمساقاة ، على أن كل الثمرة للعامل .

(بصيغة: سَاقَيْتُ أو) لفظ (عَامَلْتُ) عند سحنون. وقال ابن القاسم: لا تنعقد إلا بساقيت (فَقَطْ) أي : لا بلفظ إجارة أو شركة أو بيع فلا تنعقد بذلك ؛ أي من البادئ منهما . ويكفي من الثاني أن يقول : قبلت أو رضيت ونحو ذلك .

الثاني : الجزء المشترط للعامل من الثمرة .

الثالث: العمل .

الرابع : ما ينعقد به وهو الصيغة .

قوله : [لأنه معظمها] : أي معظم عملها وأصل منفعتها .

قوله : [على القيام] إلخ: أخرج به العقد على حفظ المال والتجر .

قوله : [أو نبات] : أي أيّ نبات كان سقياً أو بعلا .

قوله : [هذا هو الأصل] : أي الغالب في عقودها أن تكون هكذا والتعاريف مبنية على الغالب .

قوله : [لا تنعقد إلا بساقيت] : أي بلفظ من تلك المادة. وجميع الألفاظ الخارجة عنها لا تنعقد بشيء منها عنده .

قوله : [أي لا بلفظ إجارة] إلخ: ظاهره أن الإجارة كالألفاظ التي بعدها متفق على عدم الانعقاد بها عند الشيخين وليس كذلك: بل هو محل الخلاف ، كلفظ ، عاملت. قال (بن): ولفظ ابن رشد: والمساقاة أصل في نفسها لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم . فلو قال رجل: استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته لم تجز على مذهبه كما لا تجوز الإجارة عنده بلفظ المساقاة ، بخلاف

---

(١) أي قول المدونة .

● (وهى لازمةٌ) أى من العقود اللازمة ، فليس لأحدهما فسخها بعد العقد دون الآخر ما لم يتراضيا عليه – هذا هو المذهب (يَسْتَحِقُّ) العامل (الثِّمَارَ فِيهَا) أى المساقاة (بالظُّهُورِ): أى ظهورها على الشجر أو الزرع : فيكون شريكاً بجزئه من حينه . لا قبله ولا بالجذاذ ولا بالطيب . وإذا وقع العقد وهى بارزة استحقه من حين العقد ، فإذا طرأ دين على رب الحائط فلا يوفى فيه جزء العامل لأنه شريك له به .

● (وشَرْطُ) صحة (المَعْقُودِ عَلَيْهِ) من شجر أو زرع :

قول سحنون فإنه يجيزها ويجعلها إجارة وكلام ابن القاسم أصح .(اهـ باختصار)

قوله : [أى من العقود اللازمة] : أى عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبى حنيفة فإنه منعها ، وأما صاحباه فقد وافقا الجمهور .

قوله : [فليس لأحدهما فسخها بعد العقد] : أى وقبل العمل؛ فليست كالقراض بل كالإجارة كما فى (بن) نقلا عن الأجهورى .

قوله : [يستحق العامل الثمار فيها أى المساقاة بالظهورِ] إلخ : عبارة المتن هنا وشرحها غير ظاهرة المعنى ؛ لأن هذا الكلام يوهم أن المساقى–بالفتح–لاحق له فى البستان بعد العقد وقبل ظهور الثمار ، وأنه لو قام أصحاب الديون على صاحبه يأخذونه ويطردون العامل بغير شىء ، وهذا ينافى لزومها بالعقد وخلاف المنصوص؛ فإن الأصل – قال فى شرح خليل: ولم تنفسخ المساقاة بفلس ربه أى الحائط الطارئ على عقدها ، وإذا لم تنفسخ بالفلس الطارئ بيع الحائط على أنه مساقى ولو كانت المساقاة سنين ، كما تباع الدار على أنها مستأجرة والموت كالفلس؛ لأن المساقاة كالكراء لا تنفسخ بموت المتكاريين . وأما لو تأخرت المساقاة عن الفلس لكان للغرماء فسخها . (اهـ) ومثله فى الخرشى .

قوله : [ولا بالجذاذ ولا بالطيب]: هذا غير ضرورى لأنه إذا استحق بالظهور فلا يتوهم توقفه على الجذاذ والطيب .

قوله : [المعقود عليه] : أى الأصل المعقود عليه؛ فلذلك عمم بقوله: « من شجر أو زرع » .

(ألاّ يُخْلِفَ) بضم الياء : من أخلف ؛ فإن كان يخلف كالموز مما يخلف قبل قطع البطن الأول ولا ينتهى ، وكالبقل وكالقَضْب – بسكون الضاد المعجمة – والقُرْط – بضم القاف – والريحان والكراث ، فلاتصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيرها .

(وألاّ يبْدُو صَلاَحُهُ) : أى وألا يكون بدا صلاحه أى صلاح ثمر ذلك الشجر . فإن بدا صلاحه وهو فى كل شىء بحسبه لم تصح مساقاته لا نتهائه واستغنائه إلا تبعًا .

(وَكَوْنِ الشَّجَرِ) أى المساقى عليه (ذَا ثَمَرٍ) : أى ويثمر فى عام المساقاة . لا إن كان لا ثمر له كالأثل ، أو لم يبلغ حد الإثمار كالوَدِىّ ؛ فلا تصح المساقاة عليه إلا تبعاً .

قوله : [كالموز] : مثال للشجر الذى يخلف والكاف فيه استقصائية وقوله وكالبقل إلخ تمثيل للزرع .

قوله : [فلا تصح فيه] : أى فيما يخلف من هذه المذكورات .

قوله : [إلا تبعاً لغيرها] : أى وإذا دخل تبعاً كان لهما ولا يجوز إبقاؤه للعامل ولا لرب الحائط ؛ لأنه زيادة إما على رب الحائط أو على العامل يناله بسقيه مشقة ، والفرق بينه وبين البياض ورود السنة فى البياض .

قوله : [وألا يبدو صلاحه] : أى خلافاً لسحنون فإنه أجاز المساقاة بعد بدوّ الصلاح على حكم الإجارة بناء على مذهبه من انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة . وإنما منعت على المذهب المشهور – الذى هومذهب ابن القاسم – لأن فيه منفعة لرب الحائط ، وهو سقوط الجائحة عنه ؛ لأن الثمرة إذا أجيحت فى المساقاة لم يكن له بالجائحة شىء وكان له الخيار بين التمادى أو الخروج بخلاف الإجارة ، فإن للأجير أن يرجع فيها إذا أجيحت الثمرة بإجارة مثله فيما عمل – (اه) ملخصاً من (بن) .

قوله : [وهو فى كل شىء بحسبه] ؛ أى ففى البلح باحمراره أو اصفراره وفى غيره بظهور الحلاوة فيه ومثله البلح الخضراوى .

قوله : [ذاثمر] : أى شأنه الإثمار .

قوله : [أو لم يبلغ حد الإثمار]: المعنى أو كان ذا ثمر ولم يبلغ حد الإثمار

• ثم ذكر محترز الشروط الثلاثة بقوله :

(لا) تصح مساقاة (كَقَضْبٍ) : بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة : نبت معلوم ، (و) لا (قُرْطٍ) بضم القاف (و) لا (مَوْزٍ): لأنها تخلف ولا تنتهى لأجل معلوم ؛ لأن الذى لم ينته منه يناله من سقى العامل ، فكأنه شرط زيادة عليه .

(وَلاَ مِنَّا حَلَّ بَيْعُهُ) ببدو صلاحه .

(و) لا ما لا ثمر ؛ إما لكونه لا يثمر أصلا كالأثل والطَّرْفاء وإما لكونه لم يبلغ حد الإثمار مما يثمر لصغره (نحو وَدِيٍّ) بفتح الواو وكسر الدال المهملة : صغار النخل (إلاَّ تَبَعًا) لغيره مما يصح فيه المساقاة : وهذا راجع لجميع ما قبله كما أشرنا له فى الشرح .

● (وشَرْطُ الجُزْءِ) المساقَى به أمران :

(شُيُوعُهُ) فى ثمر الحائط ؛ فلا يصح بشجر معين ولا بكيل .

لأن الشارح أدخل تحت قوله ذا ثمر شرطين ؛ محترز الأول منهما ألا يكون شأنه الإثمار كالأثل ، ومحترز الثانى قوله ولم يبلغ حد الإثمار كالودى أى لم يبلغ حد الإثمار فى عامه .

قوله : [محترز الشروط الثلاثة] : بل الأربعة كما علمت وكما يأتى فى الشارح .

قوله : [نبت معلوم] : أى يشبه البرسيم .

قوله : [ولا قرط] : هو نوع من المرعى ومثل القصب والقرط البرسيم وباقى البقول من ملوخية ونحوها .

قوله : [مما يثمر] : أى شأنه يثمر .

وقوله : [لصغره] : متعلق بقوله : « لم يبلغ حد الإثمار » .

قوله : [لجميع ما قبله] : أى محترزات الشروط الأربعة .

قوله : [بشجر معين] : أى كقوله : ساقيتك على العمل فى هذا الحائط بثلث ثمر هذه النخلة أو هذه النخلات .

قوله : [ولا بكيل] : إن عين قدره سواء كان تعيينه باللفظ أو بالعادة .

(وعلِمْهُ) كربع أو ثلث أو أقل أو أكثر .

(وإلاَّ) يكن شائعاً ولم يعلم كما لو قال : ولك من الثمر جزء أو بعض (فَسَدَتْ) المساقاة ، وشبه فى الفساد قوله :

* (كَشَرْطِ نَقْصِ) بالصاد المهملة : أى إخراج (مَا فِي الحَائِطِ مِنْ نَحْوِ دَوَابٍّ) : كبقر وإبل مما يحتاج الحال إليها . وشمل قوله : « نحو » العبيد والأجراء والآلة الموجودة يوم العقد . فإن شرط ذلك فسدت لأنه يصير كزيادة شرطها على العامل ، إلا أن يكون قد أخرجها قبل عقدها ولو قصد المساقاة فلا يضر .

(أَوْ) شرط (تَجْدِيدِ) : لشىء فى الحائط لم يكن موجوداً وقت العقد على العامل أو رب الحائط مما تقدم فتفسد .

(أو) شرط (زِيَادَةِ شَىءٍ لأَحَدِهِمَا يَخْتَصُّ بِهِ عَنْ صَاحِبِهِ): أى خارج عن الحائط ، كأن يعمل له عملا فى حائط أخرى أو يخيط له ثوباً أو يبنى له بيتاً أو يزيده عيناً أو عرضاً أو منفعة كسكنى أو ركوب أو نحو ذلك .

قوله : [وعلمه] : أى علم نسبته بجميع الحائط ويشترط فى الجزء المأخوذ ألا يكون مختلفاً . فلو كان فى الحائط أصناف من الثمر وشرط عليه أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف آخر الثلث لم يجز .

قوله : [فسدت المساقاة] : أى وفيها مساقاة المثل .

قوله : [كشرط نقص] : أى فإن حصل هذا الشرط وتم العمل عليه كان للعامل مساقاة المثل أيضاً ووقوع ذلك من غير شرط لا يضر كما يفيده الشارح فى آخر العبارة . وأما لو شرط العامل على ربه شيئاً لم يكن عليه فلا يجوز أيضاً، فإن وقع ونزل كان للعامل أجر مثله والثمر لربه وحصول ذلك من غير شرط لا يضر .

قوله : [فإن شرط ذلك] : أى نقص شىء من ذلك .

وقوله : [فسدت] : كلام معلوم من سياق المصنف .

قوله : [فتفسد] : قد علمت أن الزيادة المشترطة سواء كانت على رب الحائط أو على العامل كان فيها مساقاة المثل ، ومحل الفساد باشتراط تلك الزيادة إن كانت لها بال وإلا لغت كما فى (بن) وغيره .

(أَوْ) شرط (عَمَلِ شَيْءٍ) من العامل (يَبْقَى) فى الحائط (بَعْدَ انْقِضَائِهَا) أى المساقاة (كَحَفْرِ بِئْرٍ أَوْ إِنْشَاءِ شَجَرٍ) أو بناء حائط بها أو تسوية أرض . فإذا لم يشترط شيئاً من ذلك فلا يضر وفعلُه من المعروف .

● (وعَلَى العَامِلِ) وجوباً (جَمِيعُ مَا يَفْتَقِرُ) الحائط (إليه عُرْفاً ؛ كإِبَارٍ) : وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى من النخيل (وتَنْقِيَةٍ) لمنافع الشجر وتقليم للنخل وإزالة ما يضر بالشجر من نبات وغيره (وَدَوَابَّ) وأحبال (وأُجَرَاء) : أى خدمة بأجرة (و) عليه (خَلَفُ) أى بدل (مَارَثَّ) قال فيها : وعلى العامل إقامة الأدوات كالدلاء والمساحى والأجراء والدواب ، أى إذا لم يكن فيها ذلك أو بلى .

(لاَ مَا مَاتَ أَوْ مَرِضَ) من الحيوان العاقل أو غيره (مِمَّا كَانَ) فى الحائط أولا قبل العقد ، فليس عليه بدله .

(وَلاَ أُجْرَتُهُ بَلْ) ذلك (عَلَى رَبِّهِ) : أى الحائط ، بخلاف مارثّ

قوله : [وفعله من المعروف] : أى يثاب عليه فاعله .

قوله : [وهو تعليق طلع الذكر] : أى وكذا ما يلقح به على المذهب .

قوله : [لمنافع الشجر] : أى تنقية الحياض التى حول الشجر وأما تنقية العين فهو على رب الحائط . ويجوز اشتراطها على العامل كما يأتى فى قوله ، وكنس عين — هكذا فى الحاشية . وعبارة (بن) : سوّى فى المدونة بين تنقية العين — أى كنسها وتنقية منافع الشجر — فى أنهما على رب الحائط إلا أن يشترطهما على العامل كما فى نقل المواق .

قوله : [والمساحى] : جمع مسحاة وهى الفأس .

قوله : [فليس عليه بدله] : ظاهره : ولو شرط رب الحائط عليه ذلك لمخالفة السنة ولا مفهوم لما مات أو مرض ، بل مثله من غاب أو أبق أو سرق .

قوله : [بل ذلك على ربه] : أى تجديد الحيوانات التى وجدها العامل فى الحائط على ربه إذا عدمت .

قوله : [بخلاف ما رث] : إلخ : إنما كان الذى رث خلفه على العامل دون العبيد والدواب ؛ لأنه إنما دخل على انتفاعه بها حتى تهلك أعيانها ، وتجديد ذلك

من الدلاء والحبال ونحوها كالقواديس والمساحي وسائر الآلات كما تقدم .

(بِخِلَافِ نَفَقَتِهِمْ) : أى إجراء النفقة على من فى الحائط من عبيد وأجراء ودواب (وَكِسْوَتِهِمْ) : فعلى العامل ، كانوا لرب الحائط أو له . قال فيها : وتلزمه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط (اهـ) .

* ثم ذكر ماهو كالمستثنى من قوله : « أو زيادة شيء لأحدهما » بقوله :

(وَجَازَ شَرْطُ مَا قَلَّ) : من العمل على العامل : (كَإِصْلَاحِ جِدَارٍ) بالحائط ، بخلاف اشتراط بنائه من أصله فإنه من زيادة العمل الذى له بال (وَكَنْسِ عَيْنٍ) أو بئر للحائط (وَشَدِّ حَظِيرَةٍ) من الحظر وهو المنع ، والمراد بها : الأعواد ذات الشوك غالباً تجعل فوق الحائط لمنع مَنْ يتسوّر على الحائط ، ومعنى شدها : ربطها إذا وهت أو وقع منها شيء (وإِصْلَاحِ ضَفِيرَةٍ) وهى مجمع الماء الذى يرسل على الأشجار . فإن لم تشترط هذه الأربعة على العامل فعلى ربها إلا لعادة ؛ فالعادة كالشرط .

(و) جاز (مُسَاقَاةُ سِنِينَ) فى عقد ولو كثرت (مَالَمْ تَكْثُرْ جِدًّا) فإن كثرت جداً (بلا حَدّ) مخصوص للكثرة بل المدار السنين التى لا تتغير فيها الأصول عادة — وذلك يختلف باختلاف الأصول وأمكنتها وقدمها وجدتها — لم تجز ، قيل لمالك : العشرة ؟ فقال : لا أدرى عشرة ولا عشرين ولا ثلاثين (اهـ)

(وَ) ما (لَمْ يَخْتَلِفْ الجُزْءُ) فى السنين : فإن اختلف — بأن كان فى سنة يخالف غيره فى أخرى — لم يجز .

معلوم بالعادة والشأن فيه الخفة .

قوله : [فإنه من زيادة العمل الذى له بال] : أى فتفسد باشتراطه .

قوله : [وجاز مساقاة سنين] : أى أو شهوراً .

قوله : [لم تجز] : جواب الشرط الذى هو قوله : « فإن كثرت » .

قوله : [قيل لمالك] إلخ : هذا سؤال عن الكثير جداً الذى لم يجز .

قوله : [فقال لا أدرى] : المقصود من جوابه عدم التحديد بعدد ، وإنما المدار على تغير الأصول وهو يختلف باختلاف الأشجار والأمكنة .

وكذا يجوز مساقاته على حوائط متعددة فى عقد واحد إن اتفق الجزء ، وإلا لم يجز . وأما فى عقود فيجوز مع اختلافه واتحاده . ثم إن المساقاة إن وقعت فى سنة أو أكثر فلا بد من توقيتها بوقت ينتهى به الجذاذ سواء وقع بلفظ الجذاذ أو بشهر يقتضى ذلك . ولا يجوز أن توقت بزمان يزيد على الجذاذ عادة لما فيه من الزيادة على العامل ، وهو يقتضى الفساد .

* (فإنْ لَمْ تُوَقَّتْ) بوقت (فالجذَاذُ) أى فانتهاؤها الجذاذ . فإذا كانت الأنواع لا تختلف كالنخل والرمان فظاهر (و) إذا كانت تختلف وتتميز البطن الأولى عن الثانية (حُمِلَتْ عَلَى أَوَّلِ بَطْنٍ) إلا أن يشترط دخول الثانية . فإذا كانت بطونه لا تتميز — كالنبق والجميز والتوت — حملت على آخر بطن .

● (وشُرِطَ) صحة مساقاة (الزَّرْعِ) زيادة على ما تقدم (والقَصَب) الحلو بفتح الصاد المهملة (والبَصَلِ والمِقْثَاةِ) : بكسر الميم وسكون القاف ومنها الباذنجان والقرع ثلاثة :

الأول : (عَجْزُ رَبِّهِ) عن القيام به

(و) الثانى : (خَوْفُ هَلاكِهِ) لو لم يقم بشأنه من سقى وعمل .

قوله : [وكذا يجوز] : تشبيه فى قوله : « وجاز مساقاة سنين » إلخ أى : فلا فرق بين كون السنين فى حائط واحد أو حوائط بالشرطين اللذين ذكرهما المصنف .

قوله : [إن اتفق الجزء] : أى وإن كانت مختلفة فى النوع والصفة ، وكلام الشارح صادق بما إذا اتحد العامل ورب الحائط أو تعدد كل منهما أو اتحد أحدهما وتعدد الآخر ، وهو صحيح مطابق لما فى أبى الحسن كما فى الخرشى .

قوله : [ينتهى به الجذاذ] : مثلا ، إلا إذا كانت المدة ثلاث سنين أو ثلاثين شهراً فلابد أن يكون الانتهاء شهراً يكون فيه الجذاذ .

قوله : [عجز ربه] : ومن العجز اشتغاله عنه بالسفر كما فى التوضيح عن الباجى .

قوله : [خوف هلاكه] : أى ولا يلزم من عجز ربه خوف هلاكه ، لأنه قد يعجز ربه والسماء تسقى الزرع . وكلام المدونة صريح فى اشتراط هذا الشرط كما

(وَ) الثالث (بُرُوزُهُ) من أرضه ليشابه الشجر . وأما إذا شرط ألا يبدو صلاحه وألا يكون مما لا يخلف احترازاً عن نحو القضب بالضاد المعجمة والقرط فمعلوم مما تقدم فلا حاجة لزيادتهما هنا .

(و) إذا وجدت هذه الشروط وجازت المساقاة على الزرع ونحوه وكان فى الأرض شجر قليل متفرق (دَخَلَ) فى المساقات (شَجَرٌ تَبِعَ زَرْعاً) : بأن كانت قيمته قدر ثلث قيمة الزرع فأقل ، فيدخل الشجر لزوماً على الجزء المشترط فى الزرع ، ولا يجوز إلغاؤه للعامل أو لربه ، وعكسه كذلك : أى يدخل لزوماً ، ولا يجوز إلغاؤه لواحد منهما زرع تبع شجر.

• (وَجَازَ إِدْخَالُ بَيَاضِ شَجَرٍ أو) بياض (زَرعٍ)فى عقد المساقاة؛ والبياض: الأرض الخالية من الشجر أو الزرع ،سمى بياضاً لأن أرضه مشرقة بالنهار

فى نقل المواق،فسقط اعتراض البساطى : بأن هذا الشرط ليس صريحاً فى كلامهم .

قوله : [بروزه من أرضه] : إن قيل : لامعنى لاشتراط هذا الشرط : إذ لا يسمى زرعاً أو قصباً أو بصلا مثلا إلا بذلك،وقبله لا يسمى بهذا الاسم حقيقة ؟ والجواب: أن هذا الاسم يطلق على البذر مجازاً باعتبار ما يؤول إليه، فاشتراط الشرط المذكور لدفع توهم أن المراد بالزرع وما معه ما يشمل البذر.

قوله : [وإذا وجدت هذه الشروط] : أى الخمسة : الثلاثة المذكورة هنا وعدم بدوّ الصلاح ، وعدم الخلف — المعلومان مما تقدم .

قوله : [وجازت المساقاة] : أى باستيفاء الشروط وانتفاء الموانع .

● تنبيه : هل الورد والياسمين والقطن ونحوه من كل ما يجنى ثمرته ويبقى أصله فيثمر مرة أخرى كالزرع ؟ فيشترط فيه الشروط الخمسة ، أو كالشجر فيجوز مساقاته بشروطه فقط؟قولان فى خليل،وذكر ابن رشد: أن الورد والياسمين كالشجر بلا خلاف، وأن القطن ومثله العصفر فيهما الخلاف ، والراجح أنهما كالزرع فيشترط فيه الشروط الخمسة .

قوله : [زرع] : فاعل يدخل .

بضوء الشمس وبالليل بضوء الكواكب ، فإذا استترت بالزرع أو الشجر سميت سواداً : يعنى أن بياض الشجر أو بياض الزرع الذى تجوز فيه المساقاة يجوز إدخاله فى مساقاة ما ذكر ، بشروط ثلاثة :

أشار لأولها بقوله :

(إنْ وَافَقَ الجُزْءُ) فى البياض الجزء فى الشجر أو الزرع ، فإن اختلفا لم يجز وفسدت .

ولثانيها بقوله : (وَبَذَرَهُ العَامِلُ) من عنده . فإن دخلا على أن بذره على ربه لم يجز وفسدت .

ولثالثها بقوله : (وَقَلَّ) البياض أى كان قليلا بالنسبة للشجر أو الزرع (كَثُلُثٍ) فدون : أى بأن تكون قيمته أى أجرته بالنسبة لقيمة الثمرة الثلث فأقل (بَعْدَ إسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرَةِ) كما لو كان كراؤه مفرداً مائة ، وقيمة الثمرة بعد إسقاط ما ينفق عليها مائتان، فيعلم أن كراءه ثلث. فإن كان أكثر من الثلث لم يجز وفسدت .

(وأُلْغِيَ) البياض المذكور للعامل (إنْ سَكَتَا) عند عقد المساقاة (عَنْهُ)

قوله : [سميت سواداً] : أى لحجب ما ذكر بهجة الإشراق فيصير ما تحته سواداً .

قوله : [يجوز إدخاله فى مساقاة ما ذكر] : حاصله أن للبياض أربعة أحوال : الأولى : إدخاله فى المساقاة ويجوز بالشروط الثلاثة . الثانية : أن يشترطه رب الحائط لنفسه ، فيمنع إن قل ويفسد العقد إن لم يكن منعزلا على حدة . الثالثة : أن يسكتا عنه، فيبقى للعامل إن قل . الرابعة : أن يشترطه العامل لنفسه ، وهى جائزة أيضاً إن قل .

قوله : [إن وافق الجزء] : هذا هو المشهور ولم يشترط أصبغ موافقة الجزء، وقد جرى العرف عندنا أن البياض لا يعطى إلا بجزء أكثر فله مستند فلا يشوش على الناس إذ ذاك بذكر المشهور قاله المسناوى (اهـ بن) .

قوله : [وبذره العامل من عنده] : أى واشترط بذره عليه لأن الكلام فى صحة العقد .

بأن لم يدخل فى المساقاة بشروطه المتقدمة ولم يجعل لربه ، فيكون للعامل وحده. (أَوْ اشْتَرَطَهُ العَامِلُ) لنفسه فيكون له أيضًا (فَإِن اشْتَرَطَهُ رَبُّهُ) لنفسه (فَسَدَ) عقد المساقاة لنيله من سقى العامل فيكون زيادة اشترطها عليه . ولذا لو كان بعلا أو كان لا يسقى بماء الحائط بأن كان منعزلا على حدة لجاز اشتراطه لنفسه .

وهذا كله فى البياض اليسير كما هو الموضوع . وأما الكثير الزائد قيمته على الثلث فلا يجوز إلغاؤه للعامل ولا إدخاله فى عقد المساقاة : بل يكون لربه . وإلى ذلك أشار بقوله :

* (كاشْتِرَاطِ العَامِلِ مَا) أى بياضا (كَثُرَ) لنفسه أو إدخاله فى عقد المساقاة فإنه يفسد العقد :

● (وتُفْسَخُ) المساقاة الفاسدةُ قَبْلَ العَمَلِ مُطْلَقًا) سواء وجبت فيها أجرة المثل أو وجبت مساقاة المثل .

(أَوْ) تفسخ (فِى أَثْنَائِهِ) : أى العمل (إنْ وَجَبَتْ) فيها (أُجْرَةُ

قوله : [ولا إدخاله فى عقد المساقاة] : الحاصل : أن البياض إن كان كثيراً تعين أن يكون لربه ولا يجوز اشتراطه للعامل ولا إدخاله فى عقد المساقاة ولا يلغى للعامل عند السكوت عنه ، وإن كان قليلا ففيه الأحوال الأربعة المتقدمة .

قوله : [بل يكون لربه] : ظاهره كان منعزلا عن الشجر أو لا . إن قلتَ : إذا كان كثيراً ، وقدّم يقضى به لرب الحائط يلزم عليه الزيادة على العامل فى سقى مالا يعود عليه منه منفعة إن كان غير منعزل ، وتقدم أن شرط زيادة لأحدهما على الآخر تفسد العقد ؟ فلينظر ما الجواب .

قوله : [فإنه يفسد به العقد] : أى ويرد العامل إن عمل إلى مساقاة مثله فى الحائط وإلى أجرة مثله فى البياض.

قوله : [وتفسد المساقاة الفاسدة] إلخ : حاصله : أن المساقاة إذا وقعت فاسدة — لفقد شرط أو وجود مانع — فإذا اطلع عليها قبل العمل فسخت ولا راجع لأحد ، سواء كان يجب فيها بعد التمادى أجرة المثل أو مساقاة المثل . وإن اطلع عليها بعد العمل ، فإن وجب فيها أجرة المثل فسخت أيضاً وحاسب العامل بأجرة ما عمل وإن كان

المِثْلِ) لا إن وجبت مساقاة المثل فلا تفسخ إن طلع عليها بعد الشروع فى العمل .

وبَيَّنَ ما يجب فيه أجرة المثل بقوله :

* (بأَنْ خَرَجَا عَنْهَا) : أى عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد كبيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها . وإنما فسخت فى أثناء العمل ؛ لأن للعامل فيها أجر ما عمل قل أو كثر فلا ضرر عليه فى الفسخ . وأما ما تجب فيه مساقاة المثل فإنما يفسخ مالم يعمل ، فإن عمل فقد فاتت بالعمل ووجب التمادى فيها إلى تمام سنة أو أكثر وردّ إلى مساقاة مثله للضرورة ؛ لأنه لا يدفع للعامل نصيبه إلا من الثمرة فلو فسخت فى الأثناء لزم ألا يكون له شىء وهو ضرر عليه فيما عمله ، ومَثَّلَ لما فيه أجرة المثل بالخروج عنها بقوله :

(كاشْتِرَاطِهِ زِيَادَةَ عَيْنٍ أَوْ عَرَضٍ) من أحدهما للآخر . فيجب أجرة المثل لخروجهما عنها ؛ لأن الزيادة إن كانت من رب الحائط فقد خرجا عنها إلى الإجارة الفاسدة ؛ لأنه كأنه استأجره على أن يعمل له فى حائط بما أعطاه من عين أو عرض وبجزء من ثمرته . وذلك إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة مثله ، ويحسب منها تلك الزيادة ولا شىء له من الثمرة ولو بعد تمام العمل . وإن كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عنها إلى بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها ؛ لأنه كأنه اشترى الجزء المسمى بما دفعه لرب الحائط وبأجرة عمله فوجب له أجرة مثله ويأخذ ما دفعه ولا شىء له من الثمرة .

الواجب فيها مساقاة المثل لم تفسخ بعد الشروع فى العمل ، وتبقى لانقضاء أمدها ، لأن حق العامل فى الثمرة ؛ فلو فسخ العقد قبل طيبها لزم أن لا يكون للعامل شىء ؛ لأن المساقاة كالجعل لا تستحق إلا بتمام العمل .

قوله : [كاشتراطه زيادة عين أو عرض] : هذا إذا كان لا ضرورة فإذا كانت ضرورة – كألا يجد ربه عاملا إلا مع دفعه شيئاً زائداً على الجزء – فيجوز كما ذكره ابن سراج – كذا فى الحاشية .

قوله : [فقد خرجا عنها] : أى عن حقيقة المساقاة .

قوله : [الجزء المسمى] : أى المسمى له من الثمرة من ثلث أو ربع أو نصف .

(وإلاّ) يخرجا عنها ، بأن كان الفساد لضرر أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة أو وجود مانع (مَضَتْ) المساقاة بالعمل كلا أو بعضاً (بمُسَاقَاة المِثْلِ) وذكر لذلك ثمان مسائل فقال :

(كَمُسَاقَاةٍ مَعَ ثَمرٍ أَطْعَمَ) : أى بدا صلاحه ولم يكن تبعاً .

(أو) مع (اشتِرَاطِ عَمَلِ رَبِّهِ) فى الحائط (مَعَهُ) .

(أو) مع اشتراط (دَابَّة ، أو) مع اشتراط ، (غُلاَمٍ) لرب الحائط يعمل معه فيها (وَهُوَ) أى الحائط (صَغِيرٌ) فإن اشترط الدابة أو الغلام وهو كبير جاز وقد قدمه الشيخ فى كلامه فى الجائزات .

قوله : [وإلا يخرجا عنها] : أى عن حقيقتها بل حصل اختلال شرط أو وجد مانع كما قال الشارح والحقيقة باقية .

قوله : [بمساقاة المثل] : اعلم أن العامل متى وجبت له مساقاة المثل فى الفاسدة كان حقه فى الحائط فى الموت أو الفلس. بخلاف أجرة المثل فإنها فى الذمة فلا يكون العامل أحق بها فى موت ولا فلس.ونقل عن (ح) : أن العامل أحق بما فيه أجرة المثل فى الفلس لا الموت فى المساقاة . وأما فى القراض فليس أحق بما فيه أجرة المثل لا فى فلس ولا موت اتفاقاً .

قوله : [كمساقاته مع ثمر أطعم] : أى والآخــر لم يطعم إذ لم يطلع على فساد هذه المساقاة إلا بعد العمل والعلة فى فساد هذه المساقاة احتواؤها على بيع ثمر مجهول وهو الجزء — المسمى للعامل بشىء — مجهول وهو العمل ، ولا يقال — أصل المساقاة كذلك، لأننا نقول المساقاة خرجت عن أصل فاسد، ولا يتناول خروجها هذا الفرع لخروجه عن سنة المساقاة من كونها قبل الإطعام فبقى هذا الفرع على أصله .

قوله : [أو مع اشتراط عمل ربه فى الحائط] : أى بجزء أو مجاناً .

قوله : [أو مع اشتراط دابة] إلخ : قال (عب) : الظاهر فى هذه المسألة وما بعدها الفساد ولو أسقط الشرط .

قوله : [وهو] : أى والحائط صغير أى لأنه ربما كفاه ذلك فيصير كأنه اشترط جميع العمل على ربه .

قوله : [جاز]: قال الخرشى : يعنى أنه يجوز أن يشترط العامل على رب الحائط

(أو) مساقاة (مَعَ بَيْعٍ) لسلعة : أى ساقاه بجزء معلوم وباعه سلعة بثمن معلوم فى صفقة لأن جميع البيع والمساقاة ممنوع . ومِثْل البيع : الإجارة والجعالة والنكاح والصرف والشركة فتكون فاسدة وفيها مساقاة المثل .

(أو) مساقاة مع (اخْتِلافِ الجُزْءِ) الذى للعامل (فى) مساقاة (سِنِينَ) وقع العقد عليها صفقة ، وهى المسألة المتقدمة . والمراد بالجمع : ما فوق الواحد ؛ فإذا عاقده على سنتين فأكثر صفقة واحدة واختلف الجزء كأن يكون النصف فى سنة والثلث فى أخرى مثلا — كانت فاسدة كما تقدم وفيها بعد العمل مساقاة المثل .

(أو) مع اختلاف الجزء (فى حَوَائِطَ) متعددة ساقاه عليها (فى صَفْقَةٍ) واحدة . والمراد بالجمع : ما فوق الواحد أيضاً ؛ فإذا ساقاه على حائطين أو أكثر فى صفقة على أن له فى أحدهما الثلث وفى الأخرى النصف مثلا فسدت وردت بعد العمل لمساقاة المثل .

(أو) مع اشتراط أن (يكْفِيَهُ) فهو بالنصب على المصدر المتقدم ،

دابة أو غلاماً فى الحائط الكبير ، وحيث اشترط لم يجز إلا بشرط الخلف حيث كان كل منهما معيناً .

قوله : [أى ساقاه بجزء معلوم] إلخ : أى كأن يقول رب الحائط للعامل : ساقيتك حائطى وبعتك سلعة كذا بدينار وثلث الثمرة .

قوله : [ومثل البيع الإجارة] إلخ : أى وضابطه ما ذكره بعضهم بقوله :

نكاح شركة صرف وقرض ... مساقاة قراض بيع جعل
فجمع اثنين منها الحظر فيه ... فكن فطناً فإن الحفظ سهل

قوله : [كانت فاسدة كما تقدم] : أى للغرر — كذا قرر فى الحاشية .

قوله : [أو مع اختلاف الجزء فى حوائط] : أى وأما مع اتفاق الجزء بأن وقع عقد المساقاة على حوائط بجزء متفق صفقة واحدة أو فى صفقات أوعلى حوائط بجزء مختلف فى صفقات فجائز .

قوله : [على المصدر] : متعلق بمحذوف ؛ أى عطف على المصدر من عطف الفعل على الاسم الخالص لقول ابن مالك :

أعنى عمل أى إذا شرط رب الحائط على العامل فى حائط بجزء معلوم أن يكفيه (مَؤُونَةَ) حائط (آخَرَ) بلا شىء فإنه يفسد وفيه بعد العمل مساقاة المثل .

* (و) كما وجب مساقاة المثل فى هذه المسائل — حيث اطلع عليه فى أثناء العمل وقلنا بعدم الفسخ — (وَجَبَ) إذا عثر عليه (بَعْدَ الفَرَاغِ) منه (مُسَاقَاةُ المِثْلِ) أيضًا (فى هذا): أى المذكور بعد إلا فى الثمان مسائل . وهناك مسائل أخرى . ذكر منها الشيخ : ما إذا اشترط أحدهما على الآخر حمل نصيبه إلى منزله ؛ أى إذا كان فيه مشقة . وإلا فلا تفسد . وشبه بالتسع مسألة ما إذا كانت صحيحة واختلفا بعد العمل فى الجزء ولم يُشْبِهَا معاً

وإن على اسم خالص فعل عطف تنصبه إن ثابتاً أو منحذف

على حد قوله تعالى : (أو يُرْسِلَ رَسُولاً) عطف على (وحياً) .

قوله : [مؤونة حائط آخر] : لامفهوم لحائط بل متى شرط عليه خدمة فى شىء آخر حائط أو غيره وإن بأجرة فسدت المساقاة وكان فيها مساقاة المثل؛ فالأولى للشارح أن يجعل آخر صفة لشىء لا لحائط كذا فى حاشية الأصل .

قوله : [وفيه بعد العمل مساقاة المثل] : أى فى الحائط الأصلى . أما الحائط الآخر أو الشىء الآخر ففيه أجرة المثل .

قوله : [وجب إذا عثر عليه بعد الفراغ] إلخ : أى فلا فرق فيما فيه مساقاة المثل بين أن يطلع عليه فى الأثناء أو بعد الفراغ من حيث إنه يلزم فيه تمام العمل وفيه مساقاة المثل. وأما مافيه أجرة المثل فلا يتمم فيه العمل إذا اطلع عليه فى الأثناء؛ بل يتعين الفسخ من حين الاطلاع وفى الماضى أجرة المثل . وأما إن اطلع على الفاسد قبل الشروع فى العمل فيتعين رده ولا شىء فيه لا فرق بين ما يمضى بأجرة المثل أو مساقاة المثل .

قوله : [حمل نصيبه إلى منزله] : وإنما منع لما فيه من الزيادة المشترطة على أحدهما قال فى الحاشية : وينبغى دفع أجرة الحمل له مع مساقاة مثل الحائط (اهـ) وفى هذه المسائل مساقاة المثل مطلقاً كانت أكثر من الجزء الذى شرط للعامل أو أقل كما هو مذهب ابن القاسم خلافاً لتفصيل الخرشى .

قوله : [وشبه بالتسع] : أى خليل .

فيرد العامل إلى مساقاة المثل ، فإن أشبه أحدهما فالقول له بيمينه ، فإن أشبها معاً فالقول للعامل بيمينه . وإن اختلفا قبل العمل تحالفا وتفاسخا ولا ينظر فيه لمشبه : ونكولهما كحلفهما ، ويقضى للحالف على الناكل . فلم يكن فى هذا كالقراض للزوم عقدها .

(وأُجْرَتُهُ) : أى المثل : أى ووجب بعد الفراغ من العمل أجرة مثله (فى الأوَّل) وهو : ما قبل : و « إلا » : أى كما إذا وجبت فيما إذا عثر عليه فى أثناء العمل وفسخت . وهذا زيادة فى الإيضاح لأن الحكم قد يعلم مما تقدم .

(والقَوْلُ) عند اختلافهما فيما يقتضى الصحة والفساد (لِمُدَّعِى الصِّحَّة): أى لمن ادعى منهما ما يقتضى الصحة بيمينه دون ما يقتضى دعواه الفساد : كما لو ادعى أحدهما أن الجزء كان معلوماً وادعى الآخر أنه كان مجهولا : أو ادعى أحدهما وقوعها مع زيادة عين أو عرض . أو أنها وقعت بعد بدوّ صلاح الثمرة وخالفه الثانى . فالقول لمدعى الصحة بيمينه مالم يغلب الفساد . فإن غلب بين

قوله : [فلم يكن فى هذا كالقراض]: أى لأن العامل فى القراض يرد المال من غير تحالف حيث وقع التنازع قبل العمل .

قوله : [أى كما إذا وجبت]: أى أجرة المثل وقوله : [وفسخت] : أى تحتم فسخها من حين العثور وفى الماضى أجرة المثل .

قوله : [لمدعى الصحة] : أى كان التنازع بعد العمل أو قبله كما جزم بذلك اللخمى وابن رشد وفى الشامل .وصدق مدعى الصحة إذا تنازعا بعد العمل وإلا تحالفا وفسخ . قال الأجهورى : وهو غير معول عليه.واعترضه الشيخ أبو على المسناوى : بأن ما فى الشامل هو الذى لابن القاسم فى العتبية وابن يونس والتونسى وأبى الحسن وابن عرفة وغير واحد : فهما طريقتان يؤخذان من (بن). وأشعر قوله : لمدعى الصحة : أنهما لو اختلفا فقال رب الحائط : لم تدفع لى الثمرة ، وقال العامل : بل دفعتها لك ، صدق العامل لأنه أمين — ابن المواز : ويحلف كان التنازع قبل جذاذ الناس أو وقته — كما فى حاشية الأصل .

قوله : [مالم يغلب الفساد] : أى بخلاف القراض فإن القول قول مدعى صحته ولو غلب الفساد على المشهور .

الناس وقوعها فاسدة فالقول لمدعيه لشهادة العرف له . هذا هو المعتمد قياساً على البيع خلافاً لمن قال : القول لمدعى الصحة مطلقاً ، بل الشأن فى المساقاة بين الناس وقوعها فاسدة أكثر من البيع لكثرة شروطها . والحاصل أن ابن رشد واللخمى اتفقا على أن القول لمدعى الصحة مطلقاً والأكثر على خلافهما وهو الراجح ، والله أعلم .

قوله : [هذا هو المعتمد] : قال (بن) وهو الصواب وتعليل ابن يونس المتقدم ترجيح قول مدعى الصحة بالعرف كالصحيح فى ذلك أى فإذا انعكس العرف علل به أيضاً ترجيح قول مدعى الفساد . قال فى المتيطية : فإذا ادعى أحدهما فساداً صدق مدعى الصحة مع يمينه إلا أن يكون العرف الفساد فيكون القول قول مدعيه لشهادة العرف له كما فى البيوع (اهـ) .

قوله : [قياساً على البيع] : أى فإنه ينظر فيه ؛ فإن كانت تلك البياعات يغلب فيها الصحة فالقول لمدعيها ، وإن كانت تلك البياعات يغلب فيها الفساد — كالسلم والصرف والمبادلة — فالقول لمدعى الفساد :

● **تتمة** : إن قصر عامل المساقاة فيما يلزمه من العمل الذى شرط عليه أو جرى به العرف حط من نصيبه بنسبته فينظر فى قيمة ما عمل مع قيمة ما ترك فإن كان قيمة ما ترك الثلث مثلا حط من جزئه المشترط له ثلثه ، وأما إذا لم يقصر بأن شرط عليه السقى بثلاث مرات فسقى مرتين وأغناه المطر أو السيح عن الثالثة لم يحط من حصته شىء وكان له جزؤه بالتمام ابن رشد بلا خلاف قال بخلاف الإجارة بالدنانير أو الدراهم على سقاية حائطه زمن السقى — وهو معلوم عند أهل المعرفة — فجاء ماء السماء فأقام به حيناً حط من إجارته بقدر إقامة الماء فيه والفرق أن الإجارة مبنية على المشاحة بخلاف المساقاة كذا فى شرح خليل .

● **خاتمة** : إذا قال شخص لآخر : خذ هذه الأرض فاغرسها نوعاً معيناً فإذا بلغت أوان الإثمار كان الشجر والأرض بيننا ، صحت وكانت مغارسة شرعية ، فإن انخرم شرط من تلك الشروط الثلاثة التى هى : تعيين الأرض ، والشجر ، وكونهما ملكاً لهما من وقت الإثمار ، بحيث لا يجعل للعامل ثمراً يستقل به بعد الإثمار فسدت . فإن اطلع عليها قبل العمل فسخت ، وإلا مضت بينهما ، وعلى الغارس نصف قيمة الأرض يوم

ولما أنهى الكلام على البيع وما يتعلق به وما يناسبه انتقل يتكلم على الإجارة كذلك .

● وهو أول الربع الرابع من هذا الكتاب فقال :

الغرس براحاً وعلى رب الأرض نصف قيمة الغرس يوم بلغ وهو بينهما على ما شرطا ، وأما لو أعطاه أرضاً ليغرس فيها شجراً من عنده ، فإذا بلغت حد الإثمار كانت الحائط بيده مساقاة سنين سماها له ثم يكون الغرس بعد المدة ملكاً لرب الأرض ، فلا يجوز وفسخت أيضاً ما لم يثمر الشجر . فإن أثمر وعمل لم تنفسخ المساقاة ويكون له فيما تقدم إجارة مثله وفى سنين المساقاة مساقاة مثله . قال فضل: وله قيمة الأشجار يوم غرسها — اهـ. ملخصاً من الخرشى .

قوله : [على البيع] : أى على تعريفه وأركانه وشروطه وموانعه .

وقوله : [وما يتعلق به] : أى من مسائله الصحيحة والفاسدة ،

وقوله : [وما يناسبه] : أى من باقى الأبواب التى احتوى عليها ذلك الربع فإن جميعها بينها وبين البيع مناسبة .

قوله : [انتقل يتكلم على الإجارة كذلك] : أى على تعريفها وأركانها وشروطها وموانعها وما يتعلق بها وما يناسبها .

قوله : [وهى أول الربع الرابع من هذا الكتاب] : أى من هذا المتن كخليل .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم

تم الجزء الثالث من كتاب

(الشرح الصغير)

ويليه الجزء الرابع وأوله « باب الإجارة وأحكامها »

فهرس الموضوعات

للشرح الصغير وحاشية الصاوى

[الجزء الثالث]

باب

فى البيوع وأحكامها

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

فصل : فى بيان حكم بيع المرابحة

الصفحة

فصل : فى المداخلة وبيع الثمار والعرايا وغيرها

الصفحة

فصل : فى اختلاف المتبايعين

باب

فى بيان السلم وشروطه وما يتعلق به

الصفحة

باب
فى بيان القرض وأحكامه

فصل : المقاصة

الصفحة

باب
فى الرهن

الصفحة

باب
فى الفلس وأحكامه

الصفحة

باب
فى بيان أسباب الحجر وأحكامه

الصفحة

باب
في أحكام الصلح وأقسامه

باب
الحوالة وأحكامها

باب
الضمان وأحكامه وشروطه

باب

الشركة وأحكامها وأقسامها

الصفحة

باب

فى الوكالة وأحكامها

الصفحة

باب

فى الإقرار

باب

فى الاستلحاق وأحكامه

الصفحة

باب
الوديعة وأحكامها

باب
فى الإعارة وأحكامها

الصفحة

باب
فى بيان الغصب وأحكامه

فصل : فى الاستحقاق

الصفحة

باب
فى الشفعة وأحكامها

الصفحة

باب
في القسمة وأقسامها وأحكامها

باب
فى القراض وأحكامه

الصفحة

باب

فى المساقاة

والحمد لله رب العالمين

رقم الإيداع		١٩٨٦ / ٢٥٠٥
الترقيم الدولى	٠-١٦٠٧-٠٢-٩٧٧	ISBN

١ / ٨٥ / ٢٣٢

طبع بمطابع دار المعارف (ج.م.ع.)